

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

DÉBORA INOCÊNCIO CANE

***Emendatio libelli* sob análise da principiologia constitucional**

Florianópolis

2014

DÉBORA INOCÊNCIO CANE

***Emendatio libelli* sob análise da principiologia constitucional**

Trabalho de Conclusão de Curso
submetido à Universidade Federal de
Santa Catarina para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Alexandre Morais da
Rosa.

Florianópolis

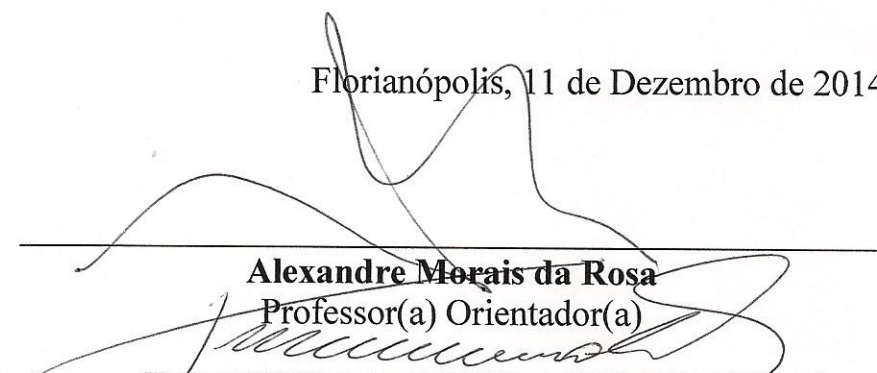
2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

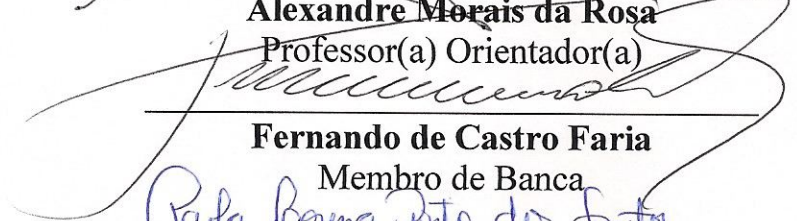
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Emendatio libelli sob análise da principiologia constitucional**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Débora Inocência Cane**, defendido em **11/12/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

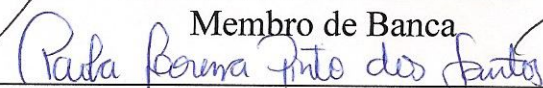
Florianópolis, 11 de Dezembro de 2014



Alexandre Morais da Rosa
Professor(a) Orientador(a)



Fernando de Castro Faria
Membro de Banca



Paola Lorena Pinto dos Santos
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Foram muitas pessoas que, de muitas maneiras, participaram da realização deste estudo. Algumas me estimularam a iniciar o trabalho (Fernanda Reis da Silva), outras me ajudaram emprestando livros (Luiz Eduardo Dias Cardoso) e outras ainda me acalmaram nos momentos de desespero, especialmente por deles compartilharem (Marcela Saraiva Rodrigues Pereira). Mas preciso agradecer de forma especial ao Jean Gomes de Mello, que fez tudo isso e mais um pouco. Pelas correções dos capítulos, pelas dicas, pela ajuda em buscar palavras quando nossa cabeça já não consegue mais pensar sozinha, pelo carinho das críticas (sempre construtivas) e inclusive pelas madrugadas de companhia para escrever este trabalho: meu amor, muito obrigada.

Ao Jorge Henrique Schaefer Martins, que transformou minhas ideias iniciais num verdadeiro roteiro de estudo e método de realização desta monografia.

Ao Thiago Carriço de Oliveira, pela compreensão nesse momento de pouca disponibilidade do final da faculdade, mas principalmente pela inspiração acadêmica e profissional que representou durante minha graduação.

Ao João Victor Cunha Botelho que, tenho certeza, sempre acreditou que eu conseguiria.

Às amigas que entenderam minha ausência em alguns momentos e não pouparam palavras de encorajamento (entre outras, Letícia Barause, Marcela Dantas Evaristo de Souza e Camila Cristofolini Vicente).

Ao meu orientador, Professor Alexandre Moraes da Rosa, pela indicação do tema a ser estudado e pelo sempre positivo *feedback*.

E, como sempre foi e sempre será, aos meus pais, Alair Inocência e Valmir Cane, por tudo.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o instituto da *emendatio libelli*, previsto no artigo 383 do Código de Processo Penal brasileiro, utilizando como parâmetro os princípios constitucionais acusatório, do contraditório, da ampla defesa, e da correlação entre acusação e sentença. A partir do estudo dos modelos de sistema processual penal historicamente conhecidos, bem como acerca dos princípios referidos, faz-se uma abordagem contextualizada da *emendatio libelli*, trazendo à discussão também o posicionamento da doutrina e o entendimento da jurisprudência pátrias.

Palavras-chave: *Emendatio libelli* - princípio acusatório - princípio do contraditório - princípio da ampla defesa - princípio da correlação entre acusação e sentença.

ABSTRACT

This study aims to analyze the institute of *emendatio libelli* as seen at article number 383 of the Brazilian Code of Criminal Procedure, using as parameter the constitutional principles of the adversarial system, the contradictory, legal defense, and the correlation between accusation and sentence. From the study of the criminal justice system models known historically as well as about those principles, it is a contextualized approach to *emendatio libelli*, bringing into the discussion also the positioning of the doctrine and the understanding of the homeland jurisprudence.

Keywords: *Emendatio libelli* - the adversarial principle - the contradictory principle - the principle of legal defense - the principle of correlation between accusation and sentence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I - O "SISTEMA" PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	8
1.1 Os sistemas processuais penais.....	8
1.1.1 O sistema inquisitório.....	12
1.1.2 O sistema acusatório.....	15
1.2 O "sistema" processual penal brasileiro.....	19
1.2.1 O modelo proposto pela Constituição de 1988.....	20
1.2.2 Feições inquisitórias do Código de Processo Penal.....	23
1.3 Condições de validade das normas processuais penais infraconstitucionais.....	25
CAPÍTULO II - A <i>EMENDATIO LIBELLI</i>	30
2.1 A <i>emendatio libelli</i> na legislação brasileira.....	30
2.2 A diferenciação entre <i>emendatio libelli</i> e <i>mutatio libelli</i>	32
2.3 O tratamento dado à <i>emendatio libelli</i> no Brasil.....	33
2.3.1 O pensamento doutrinário.....	34
2.3.2 O entendimento jurisprudencial.....	48
CAPÍTULO III - A <i>EMENDATIO LIBELLI</i> FRENTE A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	58
3.1 Voltando ao princípio acusatório para analisar a <i>emendatio libelli</i>	58
3.2 O princípio do contraditório.....	59
3.3 O princípio da ampla defesa.....	62
3.4 O princípio da correlação entre acusação e sentença.....	67
3.4.1 A exigência de classificação do crime na inicial acusatória e a consequência de sua ausência.....	70
3.5 A interpretação conforme a Constituição e a <i>emendatio libelli</i>	72
CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS	80

INTRODUÇÃO

O presente estudo tratará do tema "*Emendatio libelli* sob análise da principiologia constitucional".

Em primeiro momento, serão abordados os modelos de sistema processual penal historicamente conhecidos, focando nos sistemas acusatório e inquisitório. Com alguma contextualização histórica, os referidos modelos serão analisados mediante a enumeração de características e seus princípios informadores.

Após, será abordado o "sistema" processual penal brasileiro, comparando-se preceitos constitucionais e dispositivos da legislação infraconstitucional.

Em seguida, são feitos apontamentos sobre as condições de validade das normas infraconstitucionais frente ao texto constitucional.

No segundo capítulo, o instituto da *emendatio libelli* é tratado em suas concepções legal, doutrinária e jurisprudencial, contando com breve diferenciação em relação à *mutatio libelli*

No terceiro e último capítulo, é resgatado o princípio acusatório, sendo abordados também outros princípios constitucionais pertinentes ao processo penal, para ao fim propor uma interpretação da *emendatio libelli* em conformidade com a Constituição.

I. O "SISTEMA" PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

O presente Capítulo versará sobre o contexto do regramento processual penal brasileiro em que se encontra o instituto tema deste trabalho: a *emendatio libelli*.

Em breve introdução, serão comentados os tipos históricos de sistemas processuais penais, o pensamento doutrinário acerca do modelo aplicado no Brasil e as consequências de se observarem traços acusatórios e inquisitórios dentro da legislação processual penal pátria.

1.1 Os sistemas processuais penais

Segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, a palavra "sistema" revela a ideia de um conjunto de temas ligados por um princípio informador, que pretende se traduzir num todo orgânico, criado para um fim determinado¹. Denise Neves Abade traz definição similar, afirmando ser o sistema um "agrupamento coordenado e lógico de elementos vinculados por um princípio ou ideia, destinados a uma finalidade determinada"². Por outro lado, um sistema processual penal, nas palavras de Ana Flávia MESSA, seria "um conjunto ordenado de características do processo penal extraídas de um determinado período histórico, relacionadas por um alicerce unificador"³.

Historicamente, são reconhecidos dois principais modelos de regramentos processuais penais, que diferem entre si em enorme escala: o sistema inquisitório e o sistema acusatório. Ambos tiveram origem e aplicação em momentos históricos distintos, cujos contextos políticos e sociais propiciaram seu surgimento, desenvolvimento e decadência, como se tratará no decorrer deste Capítulo.

Embora as diferenças conceituais entre esses dois tipos históricos sejam escancaradas logo à primeira vista (o que se desenvolverá adiante), e que isso faça parecer não ser possível que coexistam em um ordenamento jurídico, há autores

¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios do Direito Processual Penal Brasileiro. In: Separata ITEC, ano 1, nº 4 - jan/fev/mar 2000, p. 3.

² ABADE, Denise Neves. Processo Penal. São Paulo: Método, 2014. *E-BOOK*. p. 47.

³ MESSA, Ana Flávia. Curso de Direito Processual Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*. p. 186.

que afirmam existir um terceiro modelo de sistema processual penal: um sistema misto, que reuniria características de ambos os sistemas inquisitório e acusatório⁴. Outros, ainda, defendem inexistirem, atualmente, sistemas processuais penais puros (inquisitórios ou acusatórios), mas somente sistemas mistos, na medida em que se observam características inquisitórias e acusatórias em diversos modelos processuais⁵.

De fato, e isso será abordado quando da análise do modelo processual penal adotado no Brasil, é necessário admitir que há regramentos processuais penais em que predominam características de um sistema, mas que contêm disposições que fogem ao princípio informador de tal sistema. Isso, em primeiro momento e sem uma análise aprofundada das consequências, poderia ser aceito como um meio termo entre os referidos sistemas, uma conciliação de posições em prol do objetivo do processo penal. Entretanto, tamanha é a divergência entre os conceitos dos sistemas inquisitório e acusatório que uma aproximação normativa entre eles nada mais pode significar do que um conflito (aparente) de normas, uma antinomia.

Mais do que isso, como bem sintetiza Alexandre Morais da Rosa, essa terceira categoria trata de

[...] sistemas mistos ou sincréticos por acolherem características de ambos os sistemas, sendo incongruência lógica eventual denominação de terceiro gênero. Isto porque a compreensão de sistema decorre da existência de um princípio unificador, capaz de derivar a cadeia de significantes dele decorrentes, não se podendo admitir a coexistência de princípios (no plural) na origem do sistema kantiano⁶.

Assim, os conteúdos de disposições normativas que possam ser, de cada lado, relacionadas ao sistema acusatório e ao sistema inquisitório, nunca poderão levar o operador do Direito ao mesmo destino. O que se quer dizer é que, tão

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. *E-BOOK*. p. 235. ABADE, Denise Neves. Processo Penal. São Paulo: Método, 2014. *E-BOOK*. p. 56.

⁵ MESSA, Ana Flávia. Curso de Direito Processual Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*. p. 187. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*. p. 165. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios do Direito Processual Penal Brasileiro. In: Separata ITEC, ano 1, nº 4 - jan/fev/mar 2000, p. 5. Faz-se aqui uma breve ressalva para a indicação de Aury Lopes Jr. e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, que não acreditam na existência de um "sistema misto", mas apenas afirmam que os sistemas acusatório e inquisitório são tipos históricos e inexistentes, em suas formas puras, nos dias atuais.

⁶ ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 54.

distantes que são entre si os referidos modelos processuais penais, não podem ser desmembrados por assunto e retalhados para formar um sistema misto, porque cada um desses assuntos, guiados por princípios informadores imensamente diferentes, se baseará em um pilar sem estrutura para mantê-lo em relação ao todo.

Em outras palavras, não há um "meio termo" entre os sistemas processuais penais inquisitório e acusatório, porque a efetiva (e infeliz) junção de disposições de caráter inquisitório com outras de caráter acusatório pelo legislador não significa a aproximação de dois conceitos totalmente opostos, mas apenas um erro normativo.

Erro normativo esse que, ao colocar normas de conteúdos conflitantes em vigor, configura uma antinomia que deve ser resolvida pelo operador do Direito com base nos diversos critérios eleitos para esse fim pela legislação pátria.

Embora não se defenda aqui a existência de uma categoria de sistema misto dentre os sistemas processuais penais, especialmente porque esses devem ser vistos como tipos históricos⁷, entende-se o que a doutrina quer dizer quando lhe faz referência, pois a realidade em que vivemos contém essa mistura de regras de caráter inquisitório e regras de caráter acusatório. Entretanto, o reconhecimento da vigência de certos princípios constitucionais significa que esses devem, dentro de um mesmo âmbito jurídico e espaço de tempo, informar as regras que lhes sejam hierarquicamente inferiores e conferir-lhes, ou não, validade material.

Voltando ao conceito de sistema indicado anteriormente, vê-se que o reconhecimento de um sistema processual penal significa o reconhecimento da existência de um princípio unificador e informador de todo o conjunto de regras processuais penais. Esse princípio demonstrará a natureza das regras que regulamentam minuciosamente o processo penal.

Apenas em introdução do tema, o princípio informador do sistema inquisitório é o inquisitivo, que atribui a tarefa de investigar, acusar e julgar ao julgador e permite-lhe livre gestão e produção de prova para o fim da obtenção da "verdade material". Já no sistema acusatório, é o princípio dispositivo que impera, o que significa a existência de partes (acusação e defesa) e a sua responsabilidade pela gestão da prova, remanescendo o julgador como mero espectador da atividade probatória.

⁷ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*. p. 186.

Como bem coloca Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, acompanhado nessa visão também por Aury Lopes Jr.⁸, é exatamente essa característica que identifica e diferencia os regramentos processuais penais: a gestão da prova. Vejamos:

Destarte, a diferenciação destes dois sistemas processuais faz-se através de tais princípios unificadores, determinados pelo critério de gestão da prova. Ora, se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente através da instrução probatória, a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador.

Com efeito, pode-se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova.

[...] No sistema acusatório, o processo continua sendo um instrumento de descoberta de uma verdade histórica. Entretanto, considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto⁹.

Como se verá adiante, os sistemas referidos não se diferenciam apenas na gestão da prova, mas em diversos outros elementos. Entretanto, nenhum deles é tão determinante quanto a gestão da prova, pois a ela estão relacionados e condicionados todos os demais. Por exemplo: a inexistência de partes (acusação e defesa) no sistema inquisitório leva à única conclusão de que caberá ao juiz a gestão da prova, visto que é o único sujeito processual, sem qualquer imparcialidade no julgamento, porque o juiz é, de fato, o acusador. Por outro lado, a existência de partes (acusação e defesa) não necessariamente significa que lhes será incumbida privativamente a tarefa probatória, porque é possível que tal atividade seja também autorizada ao julgador. E nesse caso, apesar de existirem acusação e defesa como partes no processo (característica do sistema acusatório), estar-se-á diante de um sistema inquisitório, porque não haverá imparcialidade do julgador, de modo que os sujeitos processuais da acusação e da defesa existirão apenas formalmente (em maior ou menor grau em cada ordenamento jurídico).

Desse mesmo modo, todos os demais elementos diferenciadores dos sistemas inquisitório e acusatório decorrem de ser atribuída ao julgador a gestão da prova ou não. Por isso se defende ser a gestão da prova o critério absoluto para identificação da natureza de um sistema processual penal.

⁸ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*. p. 196.

⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios do Direito Processual Penal Brasileiro. In: Separata ITEC, ano 1, nº 4 - jan/fev/mar 2000, p. 3-4.

E qual seria a utilidade de reconhecer o regramento processual penal de um país como um sistema inquisitório ou acusatório? Especialmente, e como também defende Luigi Ferrajoli em sua teoria garantista - no sentido de reconhecer a validade de normas vigentes na medida em que estejam em conformidade com os direitos fundamentais previstos constitucionalmente -, para se analisar a validade das normas processuais penais, tendo como parâmetro os preceitos constitucionais aplicáveis ao tema¹⁰.

Em breve introdução ao tema, Aury Lopes Jr.:

A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância¹¹.

Dessa forma, excluída a possibilidade de um sistema misto em teoria, ainda que se admitindo a verificação empírica de regramentos processuais penais em que se fazem presentes disposições de caráter ora inquisitório, ora acusatório (o que não significa que isso se dê de forma harmoniosa ou válida), serão abordados neste primeiro Capítulo os sistemas inquisitório e acusatório em suas formas teóricas e puras, afastando o sistema misto que certa parte da doutrina brasileira elenca como uma terceira classificação dos sistemas processuais penais historicamente conhecidos.

1.1.1 O sistema inquisitório

Aury Lopes Jr., ao abordar os sistemas processuais penais, inicia uma análise contextual do surgimento e desenvolvimento de ambos os tipos históricos já referidos e da situação política e social de cada época, considerando que "Os sistemas processuais inquisitivo e acusatório são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época"¹².

Ao contrário do que se pode imaginar em um primeiro momento, o sistema inquisitório, apesar de datar de vários séculos, não foi a primeira forma de

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 786.

¹¹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. E-BOOK. p. 165.

¹² *Ibidem*, p. 162.

realizar o processo penal, mas uma "evolução" autoritariamente manobrada do sistema acusatório.

Em verdade, o sistema acusatório de processo penal, especialmente no Direito Grego - berço da participação direta do povo nos assuntos estatais -, teve uma origem muito ligada ao processo civil, com a acusação privada como principal característica diferenciadora do que conhecemos hoje como um processo penal acusatório. Nesse contexto, qualquer pessoa poderia acusar outra do cometimento de um delito. A acusação acontecia no Direito Romano de forma similar: era privada e exercida por um representante voluntário da coletividade, que assumia a tarefa acusatória em geral, espontaneamente e por certo período de tempo. Assim, vê-se que a acusação, nessa época, era tarefa estranha à atividade estatal, que apenas se encarregava do conhecimento e julgamento do processo, como se nenhum interesse tivesse o Estado na repressão do crime e na punição de criminosos.

Em certo momento, porém, os defeitos da atividade das partes para o impulso do processo e para uma satisfatória instrução probatória começaram a dar a ideia de que o Estado deveria tomar para si o encargo acusatório. De fato, a importância de tal incumbência para a sociedade justificava a preocupação e a intenção de estatizar a função acusatória. Infelizmente, porém, em vez de consertar o problema, criou-se outro: atribuiu-se ao julgador, além da tarefa de julgar, a tarefa de acusar. Em resumo:

[...] o sistema acusatório foi se mostrando insuficiente para as novas necessidades de repressão dos delitos, ademais de possibilitar com frequência os inconvenientes de uma persecução inspirada por ânimos e intenções de vingança. [...] A insatisfação com o sistema acusatório vigente foi causa de que os juízes invadissem cada vez mais as atribuições dos acusadores privados, originando a reunião, em um mesmo órgão do Estado, das funções de acusar e julgar¹³.

A incorporação pelo julgador das funções do acusador foi o início de uma série de desmandos que acabaram por fazer nascer o sistema inquisitório. Logo o julgador já não precisava mais de uma acusação formal, procedendo de ofício à investigação, acusação, instrução e julgamento. Nessa circunstância, sua imparcialidade já não mais existia, e toda prova era alegada e produzida no intento de combater o crime, condenar o criminoso, servir ao dito interesse público. A

¹³ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*. p. 167-168.

tortura, inclusive, era admitida, e a confissão do acusado, tarifada como a mais valiosa das provas.

Muita influência no desenvolvimento e na propagação do sistema inquisitorial teve a Igreja Católica dos séculos XII e XIII, que instituiu o Tribunal da Inquisição para reprimir a heresia¹⁴ e emprestou-lhe fundamentos para a justificação da crueldade que era o processo de concepção unilateral daquele momento histórico.

São características do tipo histórico do sistema inquisitório: (a) a reunião na mesma pessoa das funções de acusar e julgar; (b) o sigilo dos procedimentos; (c) a forma escrita dos atos do processo; (d) o tratamento do acusado como mero objeto do processo penal, sendo "chamado a declarar a verdade sob pena de coação"¹⁵, longe de ser considerado como parte; (e) a atuação de ofício por parte do julgador; (f) a prisão processual como regra (pois vigorava uma presunção de "culpa" do acusado); (g) a ausência total de contraditório; (h) a produção de provas pelo julgador, que também era o acusador; (i) a valoração tarifada das provas produzidas, considerando a confissão como a rainha das provas e permitindo sua obtenção por meio de tortura; (j) a inexistência de coisa julgada, de modo que o réu não fosse inocentado, mas apenas absolvido por falta de provas para sua condenação, o que permitia a reabertura do processo.

Dentre os elementos acima enumerados, destaca-se a característica fundante do sistema inquisitório: a gestão da atividade probatória sob responsabilidade do julgador. A importância de tal aspecto se verifica pela sua influência (ou impedimento) em relação à necessária imparcialidade do juiz.

É certo que um processo justo só pode ser concebido perante uma atividade jurisdicional imparcial, ou qualquer garantia de uma decisão justa e o próprio objetivo de solução de conflitos seria mera ilusão. Primeiro porque a solução de conflitos pela atividade jurisdicional pressupõe a existência e interferência de um terceiro alheio ao conflito para pacificar as relações sociais envolvidas. Em segundo lugar, porque a parcialidade de tal julgador em relação às partes em conflito, ou seja, a tendência do órgão julgador a favorecer ("dar a razão" em vez de "reconhecer a razão") a uma das partes em prejuízo da outra significa não haver real processo, porque nenhum diálogo seria capaz de demover o juiz da decisão já tomada.

¹⁴ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. E-BOOK. p. 176.

¹⁵ *Ibidem*, p. 175.

Assim é que se defende que a principal e determinante característica dos sistemas processuais penais é a gestão da prova. No caso do sistema inquisitório, diante da atribuição dessa função ao juiz, que, em nome da verdade real, da realização do direito penal, da efetividade da atividade jurisdicional e da prevalência do interesse público, investiga, acusa, alega, prova e julga, não se pode negar a ausência de imparcialidade no julgamento. Tal conclusão fica evidente quando se percebe que aquele que acusa já está (bastante) convencido da prática do delito pelo acusado. Igualmente quando se observa a situação em que o juiz produz as provas (somente aquelas que julgar convenientes, já que é o único sujeito processual). Num sistema inquisitório, isso é suficiente para que se observe a imparcialidade do juiz e a total injustiça do "processo".

De fato, os sistemas inquisitoriais conhecidos historicamente foram aplicados em sociedades autoritárias, em que a imposição descontrolada do poder não apenas existia nos atos de governo, mas também refletia em outras facetas da atividade estatal, como na jurisdição.

As teorias contratualistas, o constitucionalismo e os levantes pelos direitos fundamentais, do mesmo modo pelo qual serviram contra formas absolutistas de governo, provocaram a derrocada dos sistemas processuais penais inquisitórios, especialmente por meio da limitação do exercício do poder pelo Estado em relação aos cidadãos. É verdade, porém, que traços daquele autoritarismo perduram até os dias atuais, permeando as diversas seções de atuação do Estado.

1.1.2 O sistema acusatório

Conforme já exposto anteriormente, a origem do sistema acusatório de processo penal remonta ao Direito Grego e ao Direito Romano, quando a acusação cabia a sujeito processual diverso daquele a quem era atribuído o julgamento do processo. Além de estarem separadas as funções de acusar e julgar, a acusação sequer era atribuída ao Estado, de forma que era exercida por particulares, cidadãos interessados na persecução criminal.

A não institucionalização/estatização da acusação processual penal servia, porém, à perseguição de interesses de vingança privada, além de não

traduzir de forma adequada a ideia de que toda a sociedade era interessada em reprimir práticas criminosas.

A partir disso e da (possibilidade de haver) insatisfatória atuação de particulares na tarefa de acusar e provar, foi incluída a acusação criminal na gama de atividades estatais. Embora isso pudesse solucionar o problema enfrentado à época e proporcionar verdadeira evolução para o sistema processual penal, a função de acusar não apenas foi atribuída a um órgão estatal, mas ao mesmo órgão estatal a quem cabia julgar os processos, representando verdadeiro retrocesso.

Já expostas as consequências e "evoluções" de tal medida, desenvolveu-se o que mais tarde se conheceria pela tipificação de sistema inquisitório.

Com novos ideais de valorização do homem e de seus direitos fundamentais, a Revolução Francesa do século XVIII trouxe consigo novas visões de processo, rompendo com o "absolutismo jurisdicional" que imperava nos sistemas inquisitoriais de processo penal. As propostas de limitação ao exercício do poder estatal para garantia dos direitos dos cidadãos se aplicaram também a possíveis desmandos do Estado na atividade jurisdicional, impondo um processo justo, igualitário e reconhecedor dos direitos fundamentais.

Em enumeração das características de um sistema acusatório, vêem-se: (a) a atribuição das funções de acusar e julgar a órgãos distintos, ainda que ambos vinculados ao Estado; (b) a publicidade dos procedimentos; (c) a forma predominantemente oral dos atos do processo; (d) o estabelecimento de partes na relação processual, reconhecendo-se que sustentam interesses antagônicos em conflito: o acusado, que pretende manter sua liberdade e que é agora um sujeito de direitos fundamentais e processuais inclusive, e a acusação, que pretende fazer cumprir a lei penal; (e) a proibição da atuação de ofício por parte do julgador/presidente do processo; (f) a liberdade durante o processo como regra, em decorrência da presunção de inocência que favorece a todo aquele que não houver contra si condenação transitada em julgado; (g) a elevação do contraditório como única forma de garantia do direito de (ampla) defesa; (h) a abstenção do julgador na gestão da atividade probatória, que cabe às partes e cujo ônus é da acusação, devendo o juiz reconhecer a falta de provas como causa de absolvição do acusado, em respeito à já mencionada presunção de inocência; (i) a valoração das provas pelo livre convencimento motivado do julgador, sendo absolutamente proibida a prática da tortura e relativizada a validade da confissão em relação às demais

provas colhidas; (j) a existência da coisa julgada como meio de garantia de segurança jurídica.

A inércia do juiz - meio pelo qual se garante sua imparcialidade e maior possibilidade de alcance da tão aclamada justiça por suas decisões - é a principal característica de um sistema processual penal acusatório, mas também serve de fundamento a críticas ao modelo.

Nas palavras de Aury Lopes Jr.:

É importante destacar que a principal crítica que se fez (e se faz até hoje) ao modelo acusatório é exatamente com relação à inércia do juiz (imposição da imparcialidade), pois este deve resignar-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado. Esse sempre foi o fundamento histórico que conduziu à atribuição de poderes instrutórios ao juiz e revelou-se (através da inquisição) um gravíssimo erro¹⁶.

De fato, ao distribuir a gestão da prova às partes (acusação e defesa) e proibir ao juiz interferência nessa atividade, como explica Aury Lopes Jr.¹⁷, está-se à frente da necessidade de que os representantes de ambos os lados estejam suficientemente preparados para que a instrução processual se dê de maneira satisfatória. Hoje, no Brasil, a acusação cabe (em regra) ao Ministério Público, órgão independente e extremamente competente em sua atividade. Não é a toa que os promotores e procuradores de justiça, bem como os procuradores da república, sejam tão bem vistos na sociedade: não há como ingressar em tal carreira jurídica sem extenso conhecimento jurídico, não apenas no âmbito do direito penal e processual penal. Assim, não se pode aceitar a crítica de que a inércia do juiz traz prejuízo ao interesse estatal de repressão da criminalidade, porque não há sujeito mais bem preparado do que o representante do Ministério Público para promover uma acusação bem estruturada e produzir todas as provas possíveis a sustentá-la.

Por outro lado e para agravar a situação do acusado (que já conta com um acusador de alta qualidade), como irmã mais nova dentre as funções essenciais à justiça, a Defensoria Pública ainda tem estrutura precária e alcance limitado. A advocacia privada, apesar de consolidada social e juridicamente, não detém os mesmos meios de atuação dos órgãos de acusação, especialmente porque atua na esfera privada. Isso demonstra um cenário que inviabiliza a crítica ao sistema

¹⁶ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. E-BOOK. p. 170.

¹⁷ *Ibidem*, p. 171-172.

acusatório e à inércia do órgão julgador, por duas razões que agora são indicadas de forma concisa e direta: (a) porque o ônus probatório é da acusação, função exercida pelo Ministério Público, órgão estatal absolutamente capaz de atuar de forma satisfatória na instrução processual, e na grande maioria das vezes muito mais bem preparado do que a Defensoria Pública, dativa ou privada, de modo que, se há um desequilíbrio na capacidade de provar, é certo que ela reside no lado do acusado, mormente porque a defesa não é tida primordialmente como função estatal, e, como tantos outros temas, só vê materialidade nas páginas da Constituição Federal; e (b) porque, se há falha na instrução processual, cujo ônus cabe à acusação, a solução desse problema é a absolvição do acusado, e não a busca por mais provas pelo juízo - ainda que sob o argumento de querer ajudar o acusado.

Essa também é a visão de Aury Lopes Jr.:

Frente à imposta inércia do julgador se produz um significativo aumento da responsabilidade das partes, já que têm o dever de investigar e proporcionar as provas necessárias para demonstrar os fatos. Isso exige uma maior responsabilidade e grau técnico dos profissionais do Direito que atuam no processo penal.

Também impõem ao Estado a obrigação de criar e manter uma estrutura capaz de proporcionar o mesmo grau de representação processual às pessoas que não têm condições de suportar os elevados honorários de um bom profissional. Somente assim se poderá falar de processo acusatório com um nível de eficácia que possibilite a obtenção da justiça.

Frente ao inconveniente de ter que suportar uma atividade incompleta das partes (preço a ser pago pelo sistema acusatório), o que se deve fazer é fortalecer a estrutura dialética e não destruí-la, com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz. O Estado já possui um serviço público de acusação (Ministério Público), devendo agora ocupar-se de criar e manter um serviço público de defesa, tão bem estruturado como o é o Ministério Público. É um dever correlato do Estado para assim assegurar um mínimo de paridade de armas e dialeticidade¹⁸ (grifou-se).

A consequência, portanto, de se reconhecer a falta de igualdade de meios entre acusação e defesa - no caso, que só pode se fazer em desfavor da defesa -, não é a de que o juiz deve interferir na atividade probatória para supri-la, ainda que o faça sob a alegação de que busca inocentar o acusado, pois ao seu favor já milita a presunção de inocência e a atribuição do ônus probatório à acusação. Assim, no caso de inexistirem provas suficientes à condenação, o juiz deve abster-se de procurar outros meios de prova - especialmente se sua intenção é absolver o

¹⁸ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. E-BOOK. p. 171-172.

acusado ou atestar sua inocência -, porque a consequência de tal insuficiência probatória já é a absolvição.

Dessa forma, fica evidente que o ativismo judicial amparado na intenção de obter a verdade real, ou de até mesmo "ajudar o acusado", é uma falácia, pois dois são os possíveis resultados de tal prática: prejuízo ao acusado, encontrando-se novas provas que o incriminam; ou utilização inútil do processo penal e dos recursos estatais, no caso de se encontrarem provas que levem à absolvição (o que a presunção de inocência, por si só, já garantiria).

1.2 O "sistema" processual penal brasileiro

Servindo este primeiro Capítulo a contextualizar o tema da *emendatio libelli* dentro da legislação processual penal brasileira e, a partir das breves considerações já tecidas acerca dos tipos de sistemas processuais penais reconhecidos historicamente, passa-se a uma análise do sistema processual penal brasileiro.

Há alguma divergência doutrinária no que se refere à identificação das características do processo penal brasileiro, especialmente quanto à sua classificação como um sistema inquisitório, acusatório ou até misto.

É certo que a maioria dos autores afirma ser o sistema brasileiro acusatório, por duas principais razões: a separação das funções de acusar e julgar entre órgãos estatais diversos e as garantias fundamentais relativas ao processo penal inseridas na Constituição Federal.

Nesse grupo encontram-se Norberto Avena, Denise Neves Abade, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fernando Capez, Renato Marcão, Levy Emanuel Magno, Válter Kenji Ishida, Antônio Alberto Machado, Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, para apenas exemplificar os detentores de tal opinião.

Parcela menor da doutrina classifica o sistema processual penal brasileiro como um sistema misto, como Guilherme de Souza Nucci, Ana Flávia Messa e Edilson Mougenot Bonfim. Para o primeiro, porque reconhece que o regramento constitucional e infraconstitucional acerca da matéria processual penal reúne, de um lado, normas de caráter acusatório, e, de outro, algumas normas de natureza

inquisitorial¹⁹. Para os dois últimos, porque defendem a existência de uma fase inquisitorial (pré-processual, de investigação, o inquérito policial) e uma fase acusatória (a partir da denúncia, com o desenrolar do processo judicial propriamente dito)²⁰.

Outros ainda, como Aury Lopes Jr. e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, defendem com todas as letras que o sistema processual penal brasileiro é inquisitório, porque a gestão da prova se encontra nas mãos do julgador, quebrando a imparcialidade que se lhe exige com fins a um processo justo.

Verifica-se, portanto, que as classificações doutrinárias divergem entre si não só nos resultados, mas especialmente nos critérios utilizados.

Já se defendeu aqui a utilização do critério da responsabilidade pela gestão da prova como sendo fator determinante a se identificar a natureza de um sistema processual penal, seguindo-se os ensinamentos de Aury Lopes Jr. e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

Conforme também já mencionado, a noção de sistema implica o reconhecimento de um conjunto cujos componentes se guiam por um só princípio unificador. Da mesma forma, já exposta a visão de que os sistemas inquisitório e acusatório não podem ser mesclados sob pena de se desnaturarem e formarem uma "colcha de retalhos que não se encontram", demonstrar-se-á, a seguir, que a legislação processual penal brasileira não forma um sistema propriamente dito, mas apenas um conjunto de dispositivos que ora se coadunam com o sistema acusatório, ora retrocedem às práticas inquisitórias.

1.2.1 O modelo adotado pela Constituição Federal de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é considerada uma das mais avançadas constituições em termos de positivação e valorização dos direitos fundamentais.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. *E-BOOK*. p. 236.

²⁰ MESSA, Ana Flávia. Curso de Direito Processual Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 196. MACHADO, Antônio Alberto. Curso de Processo Penal. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. *E-BOOK*. p. 20.

O Título II da Constituição Federal trata dos direitos e garantias fundamentais, sendo que parte considerável de seu conteúdo se encontra no extenso artigo 5º, em que são elencados os direitos fundamentais individuais e coletivos. Dentre eles, podem-se destacar aqueles aplicáveis (também) ao processo penal, especialmente no que converge a Constituição Federal com as características de um sistema processual penal acusatório:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

[...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

[...]

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

[...]

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei²¹.

Foram citados acima os incisos que mais evidentemente retratam a escolha do constituinte pela adoção de um modelo acusatório de processo penal. Mas a verdade é que mesmo os dispositivos omitidos, em combinação com muitos outros espalhados pela Constituição, também compõem um contexto de limitação ao poder estatal e a possíveis abusos, dentro e fora do processo (penal ou não).

São esses direitos fundamentais verdadeiras regras de um processo democrático, antes de ser acusatório, pois não se aplicam apenas ao processo

²¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 28 outubro 2014.

penal ou mesmo judicial, ao mesmo tempo em que regulam pormenorizadamente diversos temas de Direito Penal e Processual Penal.

Tudo isso encontra apoio, em essência, na proteção do direito à dignidade, à liberdade, à vida, à saúde, à igualdade e à segurança.

Em síntese, reconhecem-se as seguintes características acusatórias no texto constitucional: (a) a proibição da tortura e de qualquer tratamento desumano; (b) a existência da coisa julgada; (c) o imperativo do devido processo legal; (d) o direito ao contraditório e à ampla defesa, em qualquer tipo de processo; (e) a presunção de inocência do acusado, até que sobrevenha sentença condenatória transitada em julgado; (f) a publicidade dos atos processuais; (g) a liberdade como regra.

Ainda, o artigo 129 da Constituição Federal atribui ao Ministério Público como função institucional a acusação criminal (ações penais públicas), em clara separação dessa e da função da jurisdição:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei²².

Assim, não há dúvidas de que a Constituição Federal de 1988 contém evidente intenção de implantar no país um sistema processual penal de natureza acusatória, privilegiando o devido processo legal, a separação das funções (estatais) de acusar e julgar, o direito ao contraditório e à ampla defesa, a publicidade do processo, entre outros aspectos típicos de um sistema acusatório.

A doutrina, que se divide ao classificar o sistema processual penal brasileiro em inquisitório, acusatório e misto, é, contudo, uníssona ao afirmar que a Constituição Federal de 1988 impõe um processo penal acusatório²³.

²² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 28 outubro 2014.

²³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3438-O-núcleo-do-problema-no-sistema-processual-penal-brasileiro>. Acesso em 10 agosto 2014. p. 3. ABADE, Denise Neves. Processo Penal. São Paulo: Método, 2014. *E-BOOK*. p. 50-52. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. *E-BOOK*. p. 41-42. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*. p. 202. MARCÃO, Renato. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*. p. 133. NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. *E-BOOK*. p. 236-237. AVENA, Norberto. Processo Penal Esquemático. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. *E-BOOK*. p. 129.

Veremos a seguir, porém, que o regramento infraconstitucional acerca do processo penal segue outra direção e, mesmo assim, continua, válido, ainda que apenas formalmente.

1.2.2 Feições inquisitórias do Código de Processo Penal

Nem tão pacificada assim, entretanto, é a natureza de determinados dispositivos do Código de Processo Penal.

Promulgado por meio do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, e, nas palavras de Eugênio Pacelli, "inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias"²⁴.

Algumas reformas pontuais foram realizadas durante sua vigência, mas a verdade é que ainda podem-se observar resquícios de tendência inquisitória. Por exemplo, o artigo 156 do Código de Processo Penal, na redação original de 1941, assim dispunha:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante²⁵.

Atualmente, com redação dada pela recente Lei n. 11.690 de 2008, o referido dispositivo prevê exatamente a mesma autorização de gestão probatória pelo julgador, apenas explicitando as formas em que isso se dará, em clara comunhão de intenções com o sistema inquisitório:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante²⁶.

²⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 5.

²⁵ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 outubro 2014.

²⁶ *Idem*.

É exatamente por esse dispositivo legal que Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Aury Lopes Jr. vêem o processo penal brasileiro como um modelo de caráter inquisitório, como já se expôs anteriormente.

Os artigos 196, 209, 212, parágrafo único, e 234 do Código de Processo Penal também demonstram claramente a posição do juiz na seara da atividade probatória, com sua atuação de ofício visando à produção de provas, sejam documentais, testemunhais ou mesmo realizando novo interrogatório do acusado. Veja-se:

Art. 196. A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes.

[...]

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

§ 2º Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa.

[...]

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

[...]

Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível²⁷ (grifou-se).

Da mesma forma, pela redação do parágrafo 2º do artigo 282 do CPP, é autorizada ao juiz a atuação de ofício no sentido de decretar medidas cautelares como prisão preventiva, comparecimento periódico em juízo, recolhimento domiciliar durante a noite e dias de folga, suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica, internação provisória, fiança, monitoração eletrônica e proibições de frequentar determinados lugares, de manter contato com determinadas pessoas, de se ausentar da comarca²⁸.

Ainda, há os institutos da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli* (artigos 383 e 384), que, resumidamente, garantem ao juiz a possibilidade de, na sentença, atribuir ao fato criminoso tipificação diversa da indicada na inicial acusatória, ou

²⁷ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 outubro 2014.

²⁸ *Idem*.

mesmo de provocar o Ministério Público a aditar a denúncia ou queixa, se entender conveniente a inclusão de novos fatos na acusação. Adianta-se que esses institutos serão tratados com maior profundidade no último Capítulo deste trabalho.

Por outro lado, o inquérito policial, procedimento administrativo de investigação preliminar à acusação e ao processo judicial, é por muitos autores considerado como de natureza também inquisitiva, dado seu sigilo em regra, a ausência de contraditório na produção de provas periciais e antecipadas e dos demais elementos probatórios colhidos nessa fase, e a discricionariedade do delegado de polícia, que preside tal procedimento, no que se refere a eventuais requerimentos de diligências feitos pela defesa ou pelo ofendido.

Dessa forma, não há como negar que o Código de Processo Penal brasileiro contém dispositivos extremamente inquisitórios, ora atribuindo a gestão da prova ao julgador, ora confundindo sua função de julgar com a atividade acusatória (e o ônus probatório!) que é atribuída ao Ministério Público.

1.3 Condições de validade das normas processuais penais infraconstitucionais

Sabe-se que o texto constitucional tem prevalência em detrimento de dispositivos infraconstitucionais em razão da supremacia da Constituição, que José Afonso da Silva assim define:

Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos.
[...] todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal²⁹.

Com o mesmo propósito, Uadi Lamêgo Bulos indica a decisão do STF na medida cautelar da ADIn 2.215/PE, de relatoria do Ministro Celso de Mello³⁰, que ilustra o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do princípio da supremacia constitucional, do qual se extrai:

Nesse contexto, em que a autoridade normativa da Constituição assume decisivo poder de ordenação e de conformação da atividade estatal - que

²⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 45-46.

³⁰ BULOS, Uadi Lamêgo. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 129.

nela passa a ter o fundamento de sua própria existência, validade e eficácia -, nenhum ato de Governo (Legislativo, Executivo e Judiciário) poderá contrariar-lhe os princípios ou transgredir-lhe os preceitos, sob pena de o comportamento dos órgãos do Estado incidir em absoluta desvalia jurídica³¹.

Dessa forma, a constitucionalidade de uma lei infraconstitucional serve a lhe reconhecer ou negar validade, na medida em que a Constituição Federal se demonstra como a fonte primeira das regras de um Estado. As diretrizes traçadas pela Constituição têm maior força e informam todo o ordenamento jurídico. Assim, a inconformidade constitucional de uma lei atesta sua invalidade material.

Mas não se pretende aqui aprofundar a questão da supremacia da Constituição Federal, bastando apenas lembrá-la para introduzir o princípio da recepção.

Em retorno aos ensinamentos de Uadi Lamêgo Bulos, o princípio da recepção determina que, na situação de edição de nova Constituição, o ordenamento jurídico infraconstitucional anterior pode ser recepcionado (renovando-se sua validade e eficácia), total ou parcialmente, pela nova ordem constitucional, na medida em que com ela seja compatível. Assim, é necessária a releitura desse regramento editado anteriormente à Constituição vigente para que seja aferida sua validade material³².

Luigi Ferrajoli, além de abordar diversos outros temas dentro da teoria do Direito, propõe por sua teoria garantista a cisão entre validade e vigência no que se refere às normas jurídicas. A ideia é reconhecer os conceitos como não sendo necessariamente sempre verificados em conjunto. A vigência teria significado de validade formal, com relação principalmente ao processo legislativo efetivamente seguido para edição da norma. A validade propriamente dita corresponderia à validade material da norma, ou seja, sua conformidade com o texto constitucional. Essa proposta de Ferrajoli pode ser praticada tanto no exame da constitucionalidade de normas editadas durante a vigência da Constituição (ou seja, para aplicação do princípio da supremacia constitucional), quanto para se verificar se a norma editada

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade n. 2.215. Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB e Governador do Estado de Pernambuco. Manoel da Silva Abreu e Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 14 abril 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2215%2ENUME%2E%29&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/a7euc2x>>. Acesso em 30 outubro 2014.

³² BULOS, Uadi Lamêgo. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 489.

antes da promulgação da Constituição é por ela recepcionada ou não. De fato, tal separação entre validade material e validade formal visa a valorizar o conteúdo das normas, mais do que a simples conformidade de suas formas, e especialmente sua adequação aos princípios e às regras constitucionais³³.

Feita tal introdução, recapitulam-se as conclusões sobre as direções tomadas pela Constituição Federal, dentro de uma análise dos tipos históricos de sistemas processuais penais, em contraposição às características de certas regras da legislação processual penal infraconstitucional.

Para além da discussão doutrinária (que apenas tem interesse no âmbito acadêmico, nesse ponto) sobre qual o sistema adotado no Brasil, se acusatório ou inquisitório, é necessário que se dê o devido valor aos princípios que o constituinte positivou quando da promulgação da Carta de 1988. Por mais que alguns autores (na nossa opinião, acertadamente) classifiquem o sistema processual penal brasileiro como de inspiração inquisitória, isso não significa que devemos interpretá-lo em conformidade com as características de tal sistema, mas que suas regras fundantes estão em grave dissonância em relação às diretrizes constitucionais.

Por outro lado, não se discute o caráter eminentemente acusatório das normas constitucionais que versam sobre processo penal. A separação das funções de julgar e acusar e a valorização do contraditório são os principais aspectos em que essa escolha do constituinte pode ser observada.

Como relembra Aury Lopes Jr., para além de ter previsto um processo penal acusatório, a Constituição impõe um processo democrático:

Inicialmente, não prevê nossa Constituição – expressamente – a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório. Contudo, nenhuma dúvida temos da sua consagração, que não decorre da “lei”, mas da interpretação sistemática da Constituição. Para tanto, basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório. Recorde-se que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica. Para além disso, possui ainda nossa Constituição uma série de regras que desenha um modelo acusatório³⁴.

³³ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 786.

³⁴ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. E-BOOK. p. 384.

Por outro lado, o Código de Processo Penal vigente traz diversos dispositivos que caminham em sentido contrário, impondo regras de natureza visivelmente inquisitória, como a autorização da atividade probatória de ofício pelo julgador e a sumária exclusão do contraditório na aplicação de certos institutos processuais.

Esse cenário demonstra a colisão de conceitos entre a Constituição e o Código de Processo Penal. Embora ambos estejam vigentes, seus conteúdos não demonstram unicidade e não se pode atribuir-lhes simultaneamente validade.

A solução desse impasse, contudo, é simples e decorre da aplicação dos princípios da supremacia constitucional e da recepção (de acordo com a situação de anterioridade ou não da lei em relação à promulgação da Constituição), como bem sintetizam Nestor Távora e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, respectivamente:

Como se depreende, embora o Código de Processo Penal brasileiro seja inspirado preponderantemente em princípios inquisitivos - conquanto existam dispositivos inseridos pelas sucessivas reformas que prestigiam o sistema acusatório -, a sua leitura deve ser feita à luz da Constituição, pelo que seu modelo de processo deve se adequar ao constitucional acusatório, corrigindo os excessos inquisitivos (interpretação conforme à Constituição)³⁵.

A questão é tentar quase o impossível: compatibilizar a Constituição da República, que impõe um Sistema Acusatório, com o Direito Processual Penal brasileiro atual e sua maior referência legislativa, o CPP de 41, cópia malfeita do Codice Rocco de 30, da Itália, marcado pelo princípio inquisitivo nas duas fases da *persecutio criminis*, logo, um processo penal regido pelo Sistema Inquisitório.

[...] Compatibilizar o aparentemente incompatível é imperioso, porque só assim as pessoas se vão dando conta que a CR precisa ter eficácia plena e sair do papel, quase 20 anos da promulgação³⁶.

Nas palavras de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró:

Onde a legislação não for suficiente para assegurar o devido processo, os princípios constitucionais suprirão a lacuna. Quando o Código de Processo Penal colidir com a Constituição, esta deverá prevalecer. E, se não houver omissão ou colidência, mesmo assim os princípios processuais poderão impor uma releitura ou trazer novo conteúdo a um dispositivo da legislação infraconstitucional³⁷.

³⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. E-BOOK. p. 42.

³⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3438-O-núcleo-do-problema-no-sistema-processual-penal-brasileiro>. Acesso em 10 agosto 2014. p. 3-2.

³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 140.

Dessa forma, é imperativo que se faça uma interpretação do Código de Processo Penal à luz das previsões constitucionais, devendo-se respeitar, acima da validade formal de certas normas, o devido processo legal, o princípio do contraditório e separação total das funções de acusação e cognição/julgamento. Encontrando-se o intérprete do Direito perante um conflito entre os conteúdos da Constituição e do Código de Processo Penal ou qualquer outra norma infraconstitucional, deve ele favorecer a previsão constitucional, em respeito aos princípios da supremacia da Constituição e da recepção, esse último notadamente quanto à redação não alterada do CPP, já que promulgado em 1941.

II. A EMENDATIO LIBELLI

Neste segundo Capítulo será abordado com maior profundidade o instituto da *emendatio libelli*³⁸, comparando-a com a *mutatio libelli* e analisando-a no âmbito da doutrina e jurisprudência pátrias.

2.1 A *emendatio libelli* na legislação brasileira

O instituto processual penal da *emendatio libelli*, que Levy Emanuel Magno também denomina como aditamento impróprio³⁹, está contido principalmente no artigo 383 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

§ 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos⁴⁰.

Idêntica autorização consta do artigo 418 do mesmo diploma, ao prever aplicabilidade do instituto também nos processos de competência do Tribunal do Júri:

Art. 418. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da constante da acusação, embora o acusado fique sujeito a pena mais grave⁴¹.

Ainda pode ser observada referência legislativa à *emendatio libelli* no artigo 617 do Código de Processo Penal, que prevê sua aplicação na instância

³⁸ Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró ensina que o termo *emendatio libelli* significa a emenda do libelo, ou seja, da peça inicial acusatória. Nesse sentido, o autor entende não tratar o artigo 383 do Código de Processo Penal de *emendatio libelli*, porque a peça acusatória em si não sofre realmente qualquer alteração ou aditamento. O único efeito da aplicação do instituto seria a de modificação do objeto do processo na sentença (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 147-148). Todavia, neste trabalho será tratado o dispositivo pela denominação largamente utilizada na doutrina e jurisprudência pátrias: *emendatio libelli*.

³⁹ MAGNO, Levy Emanuel. *Curso de Processo Penal Didático*. São Paulo: Atlas, 2013. E-BOOK. p. 739.

⁴⁰ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 outubro 2014.

⁴¹ *Idem*.

recursal, com a ressalva do princípio da proibição da reforma em prejuízo do acusado, se o órgão acusador não houver interposto recurso:

Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença⁴².

Apesar de tais dispositivos serem bastante autoexplicativos, serve ao melhor entendimento do significado do instituto e ao desenvolvimento da sua apreensão a síntese de Denise Neves Abade:

É, portanto, a *correção* feita à peça acusatória em aspectos *secundários* da acusação (classificação do crime), com permanência de seus elementos substanciais. *Não se trata*, aí, de hipótese de *aditamento da denúncia*, mas mera *nova classificação* das infrações capituladas inicialmente na inicial acusatória⁴³.

Diferenciando a *emendatio libelli* da hipótese de aditamento da peça acusatória, a autora evidencia duas principais características do instituto do qual tratamos agora: (a) por quem é feita: o juiz; (b) quando é feita: no momento da sentença.

Isso porque, em contraposição, o aditamento da inicial acusatória é aceito em qualquer momento do processo, antes de prolatada a sentença, devendo ser feita sempre pelo acusador, conforme dicção do artigo 569 do Código de Processo Penal. Se versar sobre os fatos ou os autores e partícipes do crime, deverá ser reaberta a instrução criminal para que os inclua⁴⁴; se visar apenas à alteração da classificação jurídica do fato, pela inclinação da doutrina e da jurisprudência que será melhor abordada adiante, é provável que não se proceda da mesma forma (mas já que esse aditamento seria realizado ainda no curso da instrução processual, ou mesmo em alegações finais, poderia a defesa trazer argumentos acerca do seu objeto se assim julgar conveniente, ainda antes da sentença, minimizando as consequências de uma negligência em relação ao princípio do contraditório e da ampla defesa).

⁴² BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 outubro 2014.

⁴³ ABADE, Denise Neves. Processo Penal. São Paulo: Método, 2014. *E-BOOK*. p. 376.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 375.

2.2 A diferenciação entre *emendatio libelli* e *mutatio libelli*

O instituto da *mutatio libelli* encontra previsão legal no artigo 384 do Código de Processo Penal, cujo teor se encontra abaixo:

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

§ 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código.

§ 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

§ 3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 ao caput deste artigo.

§ 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento.

§ 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá⁴⁵.

Em outras palavras, a *mutatio libelli* se traduz na possibilidade de mudança da acusação, com a inclusão ou alteração de elemento ou circunstância do crime pelo Ministério Público em ações penais de iniciativa pública.

Pela leitura do texto legal, não se verifica o dever (ou a proibição expressa) de o juiz determinar a intimação do órgão acusador para que proceda ao aditamento do artigo 384. Em estrita observância do que prevê o dispositivo, em sendo caso de verificação, na instrução, de elementos ou circunstâncias relevantes no contexto do crime cometido, mas não descritos na inicial acusatória, o Ministério Público deverá espontaneamente aditar a denúncia ou queixa no prazo de cinco dias. Se não o fizer e o juiz achar que tal providência seja necessária à satisfação do pleito condenatório - destaque para a (im)parcialidade do juiz -, proceder-se-á nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal, com o juiz provocando o procurador-geral do órgão acusatório para que o faça ou designe outro membro para fazê-lo, restando ainda ao chefe do Ministério Público a opção de confirmar a posição de não aditamento assumida pelo acusador original do processo.

⁴⁵ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 outubro 2014.

Embora não haja, como se afirmou acima, previsão legal expressa que proíba o juiz de intimar o Ministério Público para que proceda à mudança da acusação, defende-se que tal atividade do julgador ofende o princípio acusatório, na medida em que há usurpação da tarefa de acusar e impossibilita absolutamente a imparcialidade no julgamento⁴⁶.

Assim, vê-se que a *emendatio libelli* e a *mutatio libelli* guardam diferenças não só quanto às hipóteses de cabimento, mas também quanto ao procedimento por meio do qual são aplicadas. De fato, a *emendatio libelli* trata de emenda à acusação já promovida, exclusivamente na classificação jurídica atribuída ao fato criminoso, ao passo em que a *mutatio libelli* traduz verdadeira mudança da acusação fática, com a inclusão de novos elementos e circunstâncias (mas não novos fatos, pois para isso deve ser deflagrada nova ação penal). A primeira é operada de ofício pelo juiz no momento da sentença, sem qualquer participação das partes. A segunda deve ser realizada espontaneamente pelo Ministério Público, no prazo de cinco dias após o encerramento da instrução probatória, admitindo a lei brasileira a provocação do órgão acusador pelo juízo com o fito de contornar eventual inércia do Ministério Público.

O que se deve destacar aqui, entretanto, é o procedimento seguido após a aplicação da *mutatio libelli*, quando será reaberta a instrução para que seja proporcionado novo contraditório em relação aos elementos e circunstâncias ora incluídos na acusação. Tal não ocorre com a *emendatio libelli*, pois é realizada de ofício pelo juiz já no momento da sentença, não sendo oportunizada às partes a produção de provas ou mesmo argumentação contra tal medida, exceto, essa última, pela via recursal, após já ter se efetivado o prejuízo ao acusado e à sua defesa.

2.3 O tratamento dado à *emendatio libelli* no Brasil

Apesar de a *emendatio libelli* se encontrar em dispositivo legal bastante autoexplicativo - o que nos traz um grande número de manuais de direito processual penal com mera reprodução entre si de comentários idênticos e muitos julgados que

⁴⁶ Nesse sentido, a seguinte doutrina: SILVA, Marco Antônio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-BOOK*. p. 584.

refletem essa falta de profundidade no estudo do instituto -, há um crescente apelo pela releitura crítica da *emendatio libelli*. Assim, ultrapassando os limites da legalidade estrita, novos escritos contextualizam o artigo 383 do Código de Processo Penal com a nova realidade trazida (ou, ao menos, prevista) pela Constituição Federal de 1988, fomentando o debate acadêmico e provocando a reflexão no Poder Judiciário.

2.3.1 O pensamento doutrinário

Conforme se expôs acima, o estudo da *emendatio libelli* é um tanto resumido na produção doutrinária, muito em razão da literalidade da lei, mas também em grande parte por sua "simplicidade" frente à irmã *mutatio libelli* (ou assim tentam defender alguns processualistas).

De fato, uma boa porção de manuais de processo penal analisa o tema em poucos parágrafos, definindo o instituto; explicando o momento processual em que é aplicável; ressaltando a necessidade de se oportunizar a proposição de suspensão condicional do processo - se em resultado de sua aplicação o novo tipo penal o permitir - e de se remeterem os autos ao juízo realmente competente - se o novo tipo penal o impuser -, assim como a aplicabilidade do instituto na instância recursal.

Dessa forma, pode-se verificar em rápida análise que tais assuntos realmente não extrapolam o conteúdo literal da lei, pois a definição do instituto é bastante clara no *caput* do artigo 383 do Código de Processo Penal; sua aplicação no momento processual da sentença é evidenciada pela localização do dispositivo (Título XII: Da Sentença); são expressamente previstas a oportunização da proposta de *sursis* processual e a remessa dos autos ao juízo competente nos parágrafos 1º e 2º do artigo supramencionado, bem como a possibilidade de se aplicar a *emendatio libelli* em sede recursal, conforme previsão do artigo 617 do já referido diploma⁴⁷.

Assim, muitos autores se abstêm de prosseguir numa análise constitucional da *emendatio libelli*, ou mesmo de apresentar exemplos ou possíveis

⁴⁷ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 outubro 2014.

desdobramentos de sua aplicação. Em regra, defendem a regularidade do instituto definindo-o como mera correção da inicial e com base na máxima (equivocada, na opinião da doutrina minoritária) de que "o réu se defende dos fatos, e não da capitulação legal". Nessa linha, podem-se citar Ana Flávia Messa⁴⁸, Denise Neves Abade⁴⁹, Renato Marcão⁵⁰, Damásio Evangelista de Jesus⁵¹, Luís Fernando de Moraes Manzano⁵², Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar⁵³, Victor Eduardo Rios Gonçalves e Alexandre Abrian Araújo Reis⁵⁴, Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Malul⁵⁵. Sustentando os mesmos argumentos, mas de certa forma em escritos mais desenvolvidos, estão Norberto Avena⁵⁶, Guilherme de Souza Nucci⁵⁷, Vicente Greco Filho⁵⁸, Válder Kenji Ishida⁵⁹, Edilson Mougnot Bonfim⁶⁰ e Eugênio Pacelli de Oliveira⁶¹.

Entretanto, a despeito de se reconhecer que a diferenciação entre a *emendatio libelli* e a *mutatio libelli* é didaticamente facilitada quando se atribui à primeira feições de "mera correção" em contraposição às adjetivações mais engajadas da segunda (novos fatos, consequências mais relevantes, procedimento mais formal, necessidade de renovação da instrução e dos debates em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa), esse tratamento doutrinário não é unanimidade e há cada vez maior produção no meio acadêmico de textos mais aprofundados e críticos à *emendatio libelli*.

Majoritariamente, a doutrina brasileira sobreleva a ideia de que o juiz conhece o Direito, de modo que cabe às partes trazer ao seu conhecimento apenas os fatos, para que ele então profira sua decisão com base na lei, em literal aplicação

⁴⁸ MESSA, Ana Flávia. Curso de Direito Processual Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*.

⁴⁹ ABADÉ, Denise Neves. Processo Penal. São Paulo: Método, 2014. *E-BOOK*.

⁵⁰ MARCÃO, Renato. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*.

⁵¹ JESUS, Damásio Evangelista de. Código de Processo Penal Anotado. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*.

⁵² MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Curso de Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. *E-BOOK*.

⁵³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. *E-BOOK*.

⁵⁴ REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Processual Penal Esquemático. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*.

⁵⁵ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Curso de Processo Penal. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁵⁶ AVENA, Norberto. Processo Penal Esquemático. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. *E-BOOK*.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. *E-BOOK*.

⁵⁸ GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-BOOK*.

⁵⁹ ISHIDA, Válder Kenji. Processo Penal. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

⁶⁰ BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de Processo Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*.

⁶¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

da máxima *narra mihi factum, dabo tibi ius* e do brocardo *jura novit curia*. Essa visão também fundamentaria a existência e aplicação da *emendatio libelli*. Se ao final da instrução processual o julgador concluir que a classificação do crime dada pelo órgão de acusação foi errônea - ou seja, descreveu os fatos corretamente, mas atribuiu-lhes tipificação equivocada -, pode corrigir tal erro, condenando o acusado às penas do tipo penal que permita subsunção perfeita aos fatos provados.

Essa é a opinião da maioria dos processualistas penais: a de que o juiz realiza mera correção da tipificação provisória constante da inicial acusatória⁶², que certamente decorreu de equívoco do acusador, não obstante sua "presumida capacidade técnica"⁶³.

Isso é possível, defende Eugênio Pacelli de Oliveira, também em razão de que a classificação do crime pelo acusador não vincula a decisão final do processo, servindo sua correção à preservação da ordem jurídica, nos seguintes termos:

[...] porque ao Estado interessa tanto a condenação do culpado quanto a absolvição do inocente, o que efetivamente deve ser buscado é a correta aplicação da lei penal ao caso concreto, independentemente do papel desempenhado pelas partes, no que se refere especificamente ao direito cabível. [...] A *emendatio libelli* é a expressão mais eloquente desse compromisso com a preservação da ordem jurídica. Uma vez narrado o fato na denúncia ou queixa, a consequência jurídica que dele extrai o seu autor, Ministério Público ou querelante, não vincula, nem poderia vincular, o juiz da causa⁶⁴.

Nestor Távora indica duas formas de *emendatio libelli*, que melhor poderiam ser indicadas como hipóteses de aplicação do instituto, a saber: (a) em caso de defeito de capitulação (quando se verifica apenas um equívoco do órgão de acusação na classificação do crime, que pode ser facilmente corrigido com a indicação do tipo penal que realmente traduz a conduta imputada ao acusado); e (b) em caso de interpretação diferente (quando o julgador discorda da subsunção argumentada pelo órgão de acusação, admitindo o autor aqui um juízo quase que subjetivo de aspectos que deveriam ser vistos de forma objetiva, como, no exemplo

⁶² Nas palavras de Vicente Greco Filho, "Pode-se dizer que a única classificação definitiva é que se estabilizou com o trânsito em julgado da sentença; as demais são provisórias e podem ser modificadas na decisão seguinte". GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. E-BOOK. p. 357.

⁶³ "Apesar da presumida capacidade técnica e senso de responsabilidade daquele que promove ação penal de conhecimento em juízo, não raras vezes ocorre divergência ou erro na peça inaugural, indicador de descompasso entre os fatos narrados e a imputação tipificada ao final da denúncia ou queixa", em MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. E-BOOK. p. 1491.

⁶⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 648.

que dá, da dúvida entre considerar a conduta qualificada por meio cruel ou por meio que impossibilitou a defesa da vítima)⁶⁵. Em verdade, ao julgador será difícil diferenciar as formas enumeradas pelo autor, pois mesmo que se trate apenas de interpretação diversa dos fatos, o juiz considerará tal divergência como um erro do acusador, passível de correção de ofício, dada sua certeza acerca da correta interpretação.

Norberto Avena, por outro lado, inclui dentre as "formas" de *emendatio libelli* a aplicação do instituto por supressão de circunstância, que se daria no caso de, durante a instrução probatória, o julgador verificar que uma circunstância narrada e indicada na classificação do delito quando da denúncia ou queixa não restou comprovada, condenando o acusado (se for o caso) por outro delito que não contém a referida circunstância⁶⁶. Entretanto, tal situação só pode ser observada realmente como *emendatio libelli* quando se tratar de delitos complexos, que unem no mesmo tipo penal condutas que, sozinhas, também são tipificadas pela lei penal. O exemplo utilizado pelo autor é composto de denúncia indicando a prática de roubo e, não comprovada a ocorrência de violência ou grave ameaça, sentença que condena o acusado pela prática de furto. Isso é possível especialmente porque a "circunstância" suprimida em razão de sua não comprovação gera a desclassificação para outro tipo. Assim, só há *emendatio libelli* nos casos de tipos penais complexos quando a não comprovação de uma elementar do tipo (e não de mera circunstância, como indica Norberto Avena) resulta na possibilidade de ainda se poder reconhecer a tipicidade da conduta com relação a outro crime. De outra forma, a supressão de mera circunstância (e não elementar do tipo, porque essa levaria à atipicidade da conduta ou, como dito, à desclassificação a outro tipo penal) em razão de sua não comprovação apenas provocará a parcial procedência da denúncia ou queixa, excluindo-se da condenação a circunstância não provada, sem qualquer alteração no juízo de tipicidade realizado inicialmente pela acusação, nem aplicação do instituto da *emendatio libelli*. Também não gerará aplicação da *mutatio libelli*, como bem sintetiza Levy Emanuel Magno:

Em outra lente, cumpre analisar a situação que ocorre quando há supressão de fato descrito na denúncia. Normalmente, quando se tem que suprimir um

⁶⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. *E-BOOK*. p. 724.

⁶⁶ AVENA, Norberto. Processo Penal Esquematizado. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. *E-BOOK*. p. 2985-2986.

fato descrito na denúncia, a “mutatio libelli” é dispensável. Por exemplo, o réu é denunciado por furto qualificado. Se o juiz entender que não está presente a qualificadora, basta condenar o réu pelo furto simples⁶⁷.

Aury Lopes Jr. traz exemplo idêntico ao de Norberto Avena (denúncia por roubo, não comprovação da ocorrência de violência ou grave ameaça e sentença condenando o acusado por furto):

A denúncia atribui a alguém a prática de um crime de roubo, pois teria subtraído para si determinada coisa alheia móvel, mediante violência ou grave ameaça. No curso da instrução comprova-se a autoria e a subtração, mas não logra a acusação demonstrar a ocorrência de violência ou grave ameaça. Nesse caso, está o juiz autorizado a condenar por furto, sem prévia manifestação das partes.

[...] não houve, na sentença, decisão incongruente, mas apenas uma redução da imputação por ausência de provas. E, como o tipo penal era decomponível, possível a condenação por outro delito, pois o afastamento da elementar, por falta de prova, conduz a uma atipicidade relativa⁶⁸.

Convém salientar que a admissibilidade de aplicação de emenda à tipificação constante da acusação por divergência de interpretação da lei demonstra a contradição em que caem os autores que defendem a não oportunização de manifestação das partes quando da aplicação da *emendatio libelli*, visto que mesmo a lei, ainda que em menor grau do que os fatos do mundo real, também comporta diferentes interpretações e visões que decorrem da vivência de cada operador do Direito. Isso por si só já deveria alertar a doutrina mais conservadora de que o juiz não é dono da verdade (nem sobre os fatos, nem sobre o Direito, ainda que lhe caiba dizê-lo), devendo sua decisão surgir da análise do diálogo entre os detentores dos interesses contrapostos, tanto em relação aos fatos (ignorados pelo juiz), quanto em relação ao Direito (que o juiz conhece, mas interpreta de sua própria maneira, seja ela correta ou não). A máxima que diz que o juiz conhece o Direito não pode ser utilizada para apoiar desmandos do magistrado, porque apesar de conhecer o Direito, é humano e também pode errar. Isso fundamenta também o princípio do duplo grau de jurisdição, que admite como premissa a realidade de que o juiz não é conhecedor de todas as coisas, e que pode acontecer de que nem sempre aja de acordo com o Direito ou a justiça. Prova disso são as numerosas reformas de

⁶⁷ MAGNO, Levy Emanuel. Curso de Processo Penal Didático. São Paulo: Atlas, 2013. *E-BOOK*. p. 750.

⁶⁸ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*. p. 2280-2281.

sentenças e demais decisões nos tribunais. A esse assunto voltaremos no último Capítulo deste estudo.

De todo modo, essencial característica da *emendatio libelli* é sua operacionalização, sendo que essa correção no direito brasileiro é feita de ofício pelo juiz diretamente no momento da sentença, sem a oitiva das partes ou oportunização de argumentação referente a tal alteração.

Muitos doutrinadores justificam essa atividade do julgador pelo não reconhecimento de prejuízo ao acusado⁶⁹, que se defende dos fatos, e não da capitulação legal dada a eles. Também há o argumento de que, como o juiz conhece o Direito, nada poderia dissuadi-lo de sua convicção quanto à correta tipificação da conduta, de forma que seria inútil a convocação das partes para que se manifestassem quanto à possibilidade de imputação e condenação por tipo penal diverso, como em passagem escrita por Guilherme de Souza Nucci:

Não vemos praticidade na conduta do magistrado que, estando com o processo em seu gabinete para sentenciar, após verificar que não é o caso de condenar o réu por estelionato, mas sim por furto com fraude, por exemplo, paralisa seu processo de fundamentação, interrompe a prolação da sentença e determina a conversão do julgamento em diligência para o fim de ouvir as partes sobre a possibilidade – não poderá afirmar que assim fará, pois senão já estará julgando, em decisão nitidamente anômala – de aplicar ao fato definição jurídica diversa da constante nos autos. As partes, certamente, irão renovar suas alegações finais, produzindo um burocrático e emperrado procedimento, sob o prisma de uma Justiça já considerada extremamente lenta. De que vale essa “ciência”, se o órgão acusador limita-se a expor o que vislumbra nos autos e pedir a condenação, em caráter genérico? Para a defesa técnica – a autodefesa dá-se somente no interrogatório e não torna a ocorrer, nessa hipótese – pode representar um prejulgamento indevido, mormente quando a pena puder ser aumentada, além de não trazer benefício de ordem prática, pois continuará insistindo na negativa de autoria, por exemplo, ou no reconhecimento de determinada excludente⁷⁰.

O argumento de que o réu se defende dos fatos e não da classificação jurídica que lhes é reconhecida provém da chamada teoria da consubstanciação⁷¹ e é invocado pela majoritária doutrina que defende a aplicação literal do artigo 383 do Código de Processo Penal.

⁶⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. *E-BOOK*. p. 724. SILVA, Marco Antônio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-BOOK*. p. 582.

⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. *E-BOOK*. p. 1997-1998.

⁷¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *op. cit.*, p. 724. AVENA, Norberto. Processo Penal Esquematizado. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. *E-BOOK*. p. 2982-2983.

Além disso, diversos são os argumentos invocados para justificar a possibilidade dessa atuação de ofício pelo juiz e a não oportunização de manifestação às partes antes de se operar a correção. Para Válder Kenji Ishida, aplica-se o princípio da livre dicção do direito. Para Edilson Mougenot Bonfim, isso se dá pela autonomia decisória do juiz. Para Nestor Távora, Marco Antônio Marques da Silva e Jayme Walmer de Freitas, como já exposto anteriormente, porque a situação não traz qualquer prejuízo ao acusado. Para Guilherme de Souza Nucci, também já citado, porque se fosse, de fato, oportunizada a manifestação das partes, isso culminaria na repetição das alegações finais já apresentadas e numa inútil burocracia a servir apenas a atrasar o processo.

Tudo isso, aliado à noção de que a *emendatio libelli* se traduz em mera alteração do tipo indicado pela acusação e não dos fatos imputados ao acusado, defendem os autores adeptos da máxima da teoria da consubstanciação, leva à dispensabilidade de renovação da instrução e da fase de debates quando da aplicação da *emendatio libelli*⁷².

Novamente, Eugênio Pacelli de Oliveira justifica tal atividade pelo juiz fazendo uma comparação com a quantificação da pena a ser imposta ao condenado. No caso, é verdade, o acusador ao deflagrar a ação penal por meio da denúncia ou da queixa não deduz pedido de imposição de pena de certa modalidade, com duração de determinado tempo, iniciando seu cumprimento em tal regime; o pedido é de citação do acusado, processamento do feito e, ao final, condenação do acusado às penas do tipo penal cuja prática lhe é imputada. A dosimetria e a determinação acerca da pena, seu *quantum*, regime inicial e outros desdobramentos cabem exclusivamente ao julgador. Em crítica comparada, o autor indaga:

E a se admitir nulidade na *emendatio*, o que dizer então da *aplicação da pena*? Efetivamente, nem MP nem a defesa se manifestam sobre como deverá ser feita a dosimetria da pena. O que fazer? Anular todas as condenações nacionais?⁷³

A verdade é que, embora o pedido inicial da acusação não indique as características da pena que deseja ver imposta ao acusado em caso de condenação - porque não é obrigado, e porque os elementos que influenciarão essa

⁷² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 649.

⁷³ *Ibidem*, p. 650.

quantificação ainda serão colhidos na instrução -, isso não impede que ambas as partes (acusação e defesa) argumentem em relação à questão em alegações finais, se assim lhes parecer conveniente. De fato, a dosimetria e demais aspectos da pena que poderá ser aplicada em caso de condenação do acusado são tratadas geralmente de maneira subsidiária pela defesa nos debates ou em memoriais, sendo bastante comuns, por exemplo, pedidos de não consideração de uma condenação anterior como reincidência, de fixação de regime inicial de acordo com a lei, de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, dentre outros. E, diga-se de passagem, é absolutamente permitido à defesa que arrole testemunhas abonatórias, por exemplo, para que, ouvidas durante a instrução criminal, atestem a boa conduta social e a louvável personalidade do agente, com a exclusiva finalidade de influência na fixação da pena-base, o que reforça a crítica ao argumento de Eugênio Pacelli de Oliveira quando aduz que a eventual imposição de sanção penal não é abordada pela defesa.

Embora tenha sido aferido anteriormente que o momento processual de aplicação da *emendatio libelli* seja o da sentença (inclusive em razão de o dispositivo se encontrar no Título XII do Código de Processo Penal, intitulado "Da Sentença"), há alguma discussão na doutrina sobre a possibilidade de o juiz corrigir a tipificação inicial em estágio anterior à decisão final. Em contraposição à literalidade da lei, estão os argumentos de Válter Kenji Ishida⁷⁴, Damásio Evangelista de Jesus⁷⁵, Antônio Alberto Machado⁷⁶ e Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti e Marco Antônio Ferreira Lima, esses últimos nos seguintes termos:

Entendemos que o referido artigo pode e deve ser aplicado antes da sentença, pois só dessa maneira seria possível a aplicação do princípio do contraditório. Se fosse necessário esperar até o momento da sentença, o prejuízo ao réu seria imenso. Há, ainda, na doutrina, vozes que defendem a aplicação do referido artigo até no momento de recebimento da denúncia, fundamentando que desse modo se evitariam injustiças como prisões cautelares desnecessárias e ilegais, bem como o processamento da causa por um rito diverso do correto. Com a atual redação do Código de Processo Penal sobre as cautelares, a discussão adquire relevância, já que agora há um limite de que até quatro anos não se pode prender preventivamente. A aplicação de tal dispositivo se justificaria no caso de erro da acusação, quando capitular o delito de maneira completamente

⁷⁴ ISHIDA, Válter Kenji. Processo Penal. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. *E-BOOK*. p. 323.

⁷⁵ JESUS, Damásio Evangelista de. Código de Processo Penal Anotado. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*. p. 341.

⁷⁶ MACHADO, Antônio Alberto. Curso de Processo Penal. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. *E-BOOK*. p. 252.

errada e em contraste com a descrição dos fatos, como, por exemplo, narrar um roubo com armas, violência e grave ameaça e capitular com furto. Porém, ainda nesses casos, o magistrado pode simplesmente despachar pedindo que a acusação adite a denúncia⁷⁷.

A discussão é relevante, visto que, se a *emendatio libelli* trata apenas de correção da capitulação legal do crime sem a inserção de qualquer fato não descrito na inicial acusatória ou modificação dos que dela constam (ainda que surjam novidades durante a futura instrução processual), desde o momento do oferecimento da denúncia ou queixa já se poderia aferir a correção ou não do tipo indicado e proceder à aplicação do artigo 383 do Código de Processo Penal. Isso também garantiria, como exposto na citação acima, maior efetividade ao contraditório e ao direito de ampla defesa do acusado, visto que desde já poderia direcionar sua defesa de acordo com a correta tipificação da conduta supostamente perpetrada.

Aury Lopes Jr. argumenta também pela possibilidade de correção pelo juiz do tipo penal indicado na acusação no momento do recebimento da denúncia, porém o faz com ressalvas. Apesar de acreditar que uma emenda *a priori* por parte do juiz colocaria em risco sua imparcialidade, traduzindo-se em verdadeiro "pré-juízo", o autor reconhece a realidade brasileira da existência de numerosas acusações abusivas ou forçadas, que visam a impor a imagem de gravidade do delito e, desde já, "estigmatizar". Diante dessa circunstância, Aury Lopes Jr. entende ser melhor se permitir a aplicação do artigo 383 do Código de Processo Penal no momento do recebimento da denúncia, já que logo depois se poderá também efetivar um contraditório muito mais efetivo com a resposta à acusação e toda a instrução a se realizar, especialmente por considerar a possibilidade de "um custo imensamente maior de admitir-se uma acusação claramente abusiva"⁷⁸.

A doutrina ainda contém poucas divergências acerca da aplicação dos parágrafos do artigo 383 do Código de Processo Penal, em relação à possibilidade de se oportunizar a apresentação de proposta de suspensão condicional do processo quando o novo tipo penal (decorrente da emenda feita pelo juiz) o permitir, e à necessidade de se encaminharem os autos a outro juízo quando tal alteração modificar também a competência para processar e julgar o feito, porém, não serão

⁷⁷ BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. *E-BOOK*. p. 348.

⁷⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*. p. 2284-2288.

essas questões aprofundadas neste trabalho, para que não se perca foco no tema proposto.

Por outro lado, há autores que representam uma doutrina divergente (e em expansão) acerca de diversos aspectos da legislação processual penal. O tema da *emendatio libelli* não é estranho a tal análise crítica e, embora tais autores compartilhem seus motivos, nem sempre concordam em suas sugestões de solução ao impasse encontrado na aplicação do instituto em vista do texto constitucional.

Aury Lopes Jr. é certamente grande voz na crítica à *emendatio libelli* e defensor dos preceitos constitucionais frente às feições inquisitórias que ainda permeiam o Código de Processo Penal vigente. Sua abordagem acerca do instituto pode ser verificada em dois pilares. O primeiro, no sentido de que o objeto do processo penal é a pretensão acusatória, que por sua vez significa

[...] a faculdade de solicitar a tutela jurisdicional, afirmando a existência de um delito, para ver ao final concretizado o poder punitivo estatal pelo juiz através de uma pena ou medida de segurança⁷⁹.

Nessa linha de pensamento, evolui para dizer que

A regra geral é a imutabilidade do objeto do processo penal. [...] Mas, como toda regra, há que se relativizá-la. [...] para realizar qualquer modificação é imprescindível observar-se os princípios da inércia (e sua vinculação ao sistema acusatório), da jurisdição, do direito de defesa e, principalmente, do contraditório⁸⁰.

Assim, chega ao segundo pilar de sua sustentação contra a aplicação literal do artigo 383 do Código de Processo Penal, afirmando que o princípio da correlação, pelo qual se determina a estrita limitação da decisão judicial de acordo com o conteúdo da acusação, deve ser considerado em conjunto especialmente com os princípios acusatório, do contraditório e da ampla defesa.

Primeiramente, porque, pelo princípio acusatório, o juiz deve se manter inerte, atuando apenas quando e nos limites da provocação das partes. Lembra o autor, nesse ponto, que apesar do caráter inquisitório do Código de Processo Penal, a Constituição Federal impõe um modelo acusatório, e toda interpretação e aplicação das leis infraconstitucionais deve ser feita em conformidade com as previsões constitucionais.

⁷⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. E-BOOK. p. 2263.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 2264-2265.

Em segundo lugar, porque o princípio da correlação entre acusação e sentença - que será tratado em maior profundidade no próximo Capítulo deste trabalho -, apenas tem efetividade quando da sua estreita união com o princípio do contraditório. Defende o autor que não apenas em relação ao conteúdo da acusação está limitada a sentença, mas a todo o processo que ela inicia, com a defesa e a instrução probatória. Assim, o juiz não pode julgar sobre o que não constou da acusação, da defesa (do contraditório como oportunidade de defesa) e da instrução probatória, ampliando-se o conteúdo do princípio da correlação.

Ainda, é defendida pelo autor a ligação essencial entre o direito de defesa e o contraditório, que lhe serve como instrumento de garantia de efetividade. Sem contraditório, o direito de defesa não pode ser exercido, e sem a dialeticidade sobre uma questão, essa não pode fazer parte da sentença.

Em relação ao direito de defesa, assim argumenta:

Quanto ao direito de defesa, é obviamente atingido pela sentença incongruente, pois subtrai do réu a possibilidade de defender-se daquilo que foi objeto da decisão, mas que não estava na acusação. [...] O direito de defesa, ainda que distinto, mantém uma íntima correlação com o contraditório, devendo a acusação ser clara e individualizada para permitir a defesa. Mas de nada servem essas regras em torno da imputação, se o juiz modificar, no curso do processo, as questões de fato ou de direito gerando a surpresa e a situação de evidente cerceamento de defesa, pois o réu não se defendeu desse fato novo ou dessa nova qualificação jurídica, por exemplo. Apenas para não gerar confusão, explicamos que o direito de defesa é, obviamente, afetado pela sentença incongruente, mas a regra da correlação não se funda apenas sobre ele. Ou seja, não está a congruência ou correlação a serviço, exclusivamente, da defesa, mas também do contraditório e do sistema acusatório⁸¹.

Ao abordar diretamente a *emendatio libelli*, Aury Lopes Jr. tece sua principal crítica ao desconstruir a máxima defendida pela doutrina majoritária de que o réu se defende dos fatos e não da capitulação legal:

Tal postura peca por reducionismo da complexidade, ainda atrelada a uma concepção simplista do processo penal, incompatível com seu nível de evolução e dos cânones constitucionais contemporâneos. [...] É elementar que o réu se defende do fato e, ao mesmo tempo, incumbe ao defensor, também, debruçar-se sobre os limites semânticos do tipo, possíveis causas de exclusão da tipicidade, ilicitude, culpabilidade, e em toda imensa complexidade que envolve a teoria do injusto penal. É óbvio que a defesa trabalha – com maior ou menor intensidade, dependendo do

⁸¹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*. p. 2269-2279.

delito – nos limites da imputação penal, considerando a tipificação como a pedra angular em que irá desenvolver suas teses⁸².

Em conclusão, Aury Lopes Jr. propõe duas possíveis soluções para uma aplicação constitucional da *emendatio libelli*, dando expressa preferência à primeira: (a) ou consultam-se as partes previamente à correção da tipificação; (b) ou intimam-se as partes da já operada correção, para que sobre ela se manifestem e, após, seja proferida a sentença.

Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti e Marco Antônio Ferreira Lima também defendem uma releitura do instituto previsto no artigo 383 do Código de Processo Penal de acordo com a Constituição Federal. Em suma, o trabalho desses autores ataca também a utilização da teoria da consubstanciação para afastar o contraditório do processo, afirmando que o réu se defende sim da capitulação legal atribuída aos fatos que se lhe imputam, de modo que impossibilitar a defesa quanto a esse aspecto da acusação no processo traz grande prejuízo ao acusado:

Apesar de vozes em contrário, não há como sustentar e a alteração do fato jurídico não importe prejuízo para o réu, pois esse se defende dos fatos narrados e não da capitulação. É na capitulação que encontramos a pena prevista para o ilícito e a pena é certamente o que mais importa ao réu, pois é o que poderá definir o seu *status libertatis*⁸³.

Em exemplos, os referidos autores destacam a possibilidade, inclusive, de a mera correção da tipificação (como define a doutrina majoritária) gerar a necessidade de produção de novas provas, como sobre a ocorrência ou não de violência ou grave ameaça para dirimir a dúvida entre o roubo e o furto, e sobre o grau de agressividade da conduta do agente que beija forçosamente uma garota, para que se possa aferir qual a melhor subsunção: ao tipo penal da importunação ofensiva ao pudor (contravenção penal e infração de menor potencial ofensivo) ou ao estupro (crime hediondo, com toda a repercussão processual e material negativa que essa característica traz ao acusado).

Nesse sentido, fica claro que a tipificação da conduta indicada pela acusação na denúncia ou na queixa é também foco de muita atenção pela defesa,

⁸² LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. E-BOOK. p. 2272-2273.

⁸³ BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. Processo Penal Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. E-BOOK. p. 348.

pois carrega consigo uma série de desdobramentos que muito interessam ao acusado pessoalmente (tipicidade, materialidade, pena, regime inicial, possibilidade de transação penal, de suspensão condicional do processo e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, dentre outros).

Assim, Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti e Marco Antônio Ferreira Lima são favoráveis à oportunização do contraditório antes de operar-se a *emendatio libelli*, intimando as partes a se manifestarem quanto à possível alteração da tipificação da conduta narrada pela acusação antes de ser proferida a sentença⁸⁴.

Segue a mesma linha de pensamento o autor Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, que não refuta totalmente a teoria da consubstanciação, afirmando que "Embora o réu se defenda dos fatos imputados e não de sua classificação legal, o certo é que o tipo penal exerce influência decisiva na condução da defesa"⁸⁵. Assim, defende a aplicação da *emendatio libelli* enquanto associada ao princípio do contraditório, previsto constitucionalmente, princípio esse que "não se aplica apenas à matéria fática, [...] mas também diz respeito às questões de direito"⁸⁶.

A síntese da solução que propõe o autor:

Portanto, em respeito ao contraditório, entendemos necessário que o juiz, antes de proferir a sentença, dando diversa definição jurídica aos fatos constantes da denúncia ou da queixa, convide as partes a se manifestarem sobre a possibilidade de uma diversa qualificação jurídica. Não há previsão em nosso ordenamento nesse sentido, mas o princípio do contraditório assim o exige⁸⁷.

Vale destacar que o autor não propõe apenas a oportunização de manifestação pelas partes ante a possibilidade de alteração do tipo penal indicado pela acusação. Ele defende também a produção de provas e contraprovas, se necessário for ao esclarecimento da definição jurídica que a parte alega ser a correta⁸⁸.

⁸⁴ BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. *E-BOOK*. p. 347.

⁸⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 142.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 143.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 146.

Antônio Alberto Machado é mais um adepto da crítica constitucional à *emendatio libelli*, mas o faz por outra abordagem, mais relacionada ao princípio acusatório. Em suas palavras:

É preciso considerar que num sistema processual acusatório toda acusação deve ser formalizada apenas pelo órgão incumbido da tarefa de acusar, e as peças acusatórias não devem ser corrigidas pelo julgador, que não tem essa função e precisa manter-se equidistante das acusações, a fim de julgá-las com imparcialidade⁸⁹.

Desse modo, a solução proposta pelo autor supracitado seria de que a inicial seja emendada diretamente pela acusação, não pelo julgador, oportunizando-se logo após o contraditório, com a manifestação da defesa em relação a tal correção. Em verdade, propõe a abolição da *emendatio libelli*, com a exigência da aplicação do artigo 569 do Código de Processo Penal nas hipóteses legais de aplicação do referido instituto, tratando-se efetivamente de mero aditamento, deixando a cargo do acusador corrigir sua própria acusação.

Renato Brasileiro de Lima também tece críticas à *emendatio libelli*, desconstruindo a teoria da consubstanciação e defendendo a oportunização de manifestação às partes antes da aplicação da *emendatio libelli*:

[...] pensamos que, em fiel observância ao contraditório, há necessidade de manifestação das partes na hipótese de possível alteração da capitulação atribuída ao fato delituoso. Se é verdade que o princípio o *iuria novit curia* confere ao juiz a possibilidade de alterar a classificação dos fatos constantes da peça acusatória, também não é menos verdade que o princípio do contraditório lhe impõe a comunicação prévia às partes, antes de tomar uma decisão, ainda que se trate daquelas que podem ser tomadas de ofício, evitando-se, assim, que as partes sejam indevidamente surpreendidas no momento da sentença com uma nova capitulação. Afinal, o contraditório não é aplicável apenas às questões fáticas, notadamente quanto à produção de provas, mas também guarda relação com as questões de direito debatidas no curso do processo⁹⁰.

A solução proposta pelo autor também impõe a comunicação prévia das partes acerca da possibilidade de subsunção do fato narrado na inicial acusatória em relação a tipo penal diverso do indicado anteriormente, para que possam se manifestar sobre a questão.

⁸⁹ MACHADO, Antônio Alberto. Curso de Processo Penal. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. *E-BOOK*. p. 252.

⁹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. vol. II. Niterói: Impetus, 2012. p. 707.

Outros autores adeptos à crítica da *emendatio libelli* são Nereu José Giacomolli⁹¹ e Antonio Scarance Fernandes⁹², ambos destacando o princípio do contraditório e sua aplicabilidade quanto a questões de direito.

2.3.2 O entendimento jurisprudencial

Em contraposição à diversificada doutrina acerca do tema da *emendatio libelli*, a jurisprudência brasileira não apresenta correntes inovadoras em relação à matéria. Em razão dessa circunstância, o entendimento jurisprudencial será aqui abordado de forma sintetizada e focada em julgados do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Em introdução, vale destacar que a jurisprudência ainda se firma nos argumentos defendidos pela doutrina majoritária, em defesa da aplicação literal do artigo 383 do Código de Processo Penal, sofrendo pouquíssima influência por parte das novas críticas que são hoje lançadas sobre o instituto. Como se verá, a constitucionalidade da *emendatio libelli* não é questionada, baseando-se a esmagadora maioria dos julgados na máxima de que o réu se defende dos fatos e não da sua definição jurídica, de modo que não se reconhece ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, os seguintes julgados, evidenciando a posição dos tribunais referidos:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PECULATO EM CONCURSO DE PESSOAS. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO E DE DENÚNCIA ALTERNATIVA. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Fato descrito na denúncia em sintonia com o fato pelo qual o réu foi condenado. 2. A circunstância de não

⁹¹ "Essa situação fere o contraditório, tanto em seu aspecto formal quanto substancial, diante da surpresa com a nova definição jurídica, a qual não foi objeto do debate processual e nem sequer aventada por qualquer das partes. É de ser reconhecido o direito de as partes se manifestarem, tanto acerca 'do que se convencionou chamar de questões de fato, questões de direito e questões mistas como no que atine à eventual visão jurídica do órgão jurisdicional diversa daquela aportada por essas ao processo' (MITIDIERO; MARINONI; SARLET, 2012, p. 649)". GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014. E-BOOK. p. 152.

⁹² "[...] na realidade, o acusado não se defende, como normalmente se afirma, somente do fato descrito, mas também da classificação a ele dada pelo órgão acusatório". FERNANDES, Antonio Scarance. *A mudança do fato ou da classificação no novo procedimento do júri*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3681-A-mudanca-do-fato-ou-da-classificacao-no-novo-procedimento-do-juri>. Acesso em 21 novembro 2014.

ter a denúncia mencionado o art. 13, §2º, a, do Código Penal é irrelevante, já que o acusado se defende dos fatos narrados e não da capitulação dada pelo Ministério Público. 3. O juiz pode dar aos eventos delituosos descritos na inicial acusatória a classificação legal que entender mais adequada, procedendo à emenda na acusação (emendatio libelli), sem que isso gere surpresa para a defesa. 4. A peça inicial acusatória, na forma redigida, possibilitou ao Paciente saber exatamente os fatos que lhe eram imputados, não havendo que se falar em acusação incerta, que tivesse dificultado ou inviabilizado o exercício da defesa. 5. Ordem denegada⁹³.

“HABEAS CORPUS” - ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA - PRETENDIDA OBSERVÂNCIA DO ART. 384 DO CPP, NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 11.719/2008 - INAPLICABILIDADE - FATOS QUE FORAM DESCRITOS, COM CLAREZA, NA DENÚNCIA - HIPÓTESE DE SIMPLES “EMENDATIO LIBELLI” - APLICABILIDADE DO ART. 383 DO CPP, EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL - “HABEAS CORPUS” INDEFERIDO⁹⁴.

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

FURTO QUALIFICADO (ART. 155, § 4.º, II, DO CÓDIGO PENAL).

CONDENAÇÃO. APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA. EMENDATIO LIBELLI.

POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A emendatio libelli pode ser aplicada em segundo grau, desde que nos limites do art. 617 do Código de Processo Penal, que proíbe a reformatio in pejus.

2. Não há ilegalidade no procedimento adotado pelo Tribunal estadual ao retificar a condenação da paciente, dando-a como incurso no artigo 312, § 1.º, do Código Penal, já que, nos exatos termos do artigo 617, combinado com o artigo 383, ambos do Código de Processo Penal, atribuiu definição jurídica diversa aos fatos contidos na inicial sem majorar-lhe a pena.

3. Tendo o Tribunal coator pura e simplesmente atribuído definição jurídica diversa ao fato devidamente narrado na inicial acusatória, não se pode falar em cerceamento de defesa, tampouco em violação ao princípio do contraditório, uma vez que o acusado se defende das condutas que lhe são imputadas na peça vestibular, e não da capitulação jurídica a elas dada pelo órgão acusatório. 4. Habeas corpus não conhecido⁹⁵.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão em Habeas Corpus* n. 102.375. Marcelo Augusto Pimenta Setta e Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. DJ, 20 agosto 2010. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+102375%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+102375%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/clwn88v>>. Acesso em 11 novembro 2014.

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão em Habeas Corpus* n. 84.594/SP. Fausto Jair dos Santos Filho e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 29 maio 2013. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+84594%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+84594%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nofov47>>. Acesso em 11 novembro 2014.

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão em Habeas Corpus* n. 247.252/PR. Bruna Cândido Giacomini e Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Ministro Jorge Mussi. DJ, 25 março 2014. Disponível em: <

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. PECULATO. CRIME PRATICADO POR PREFEITO. DECRETO-LEI N. 201/1967. EMENDATIO LIBELLI. POSSIBILIDADE. MATERIALIDADE DO FATO CRIMINOSO. EXAME DE CORPO DE DELITO. PRESCINDIBILIDADE. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO MAGISTRADO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. AGRAVAMENTO DA PENA IMPOSTA. VEDAÇÃO LEGAL. PRINCÍPIO DO NE REFORMATIO IN PEJUS. I. A exigência legal de exposição circunstanciada do fato criminoso vem ao encontro da garantia insculpida no texto da Constituição da República no sentido de assegurar ao acusado ampla defesa e contraditório (art. 5º, inciso LV). II. A alteração da definição jurídica dada à conduta praticada pelo Recorrente não teve o condão de alterar os fatos contra os quais teve ampla possibilidade de apresentar defesa. [...] VII. Recurso Especial parcialmente provido para afastar da condenação dos Recorrentes a pena de inabilitação para o exercício da função pública⁹⁶.

PENAL. FALSIDADE. EMENDATIO LIBELLI. CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA. CABIMENTO. OMISSÃO DA SENTENÇA QUANTO À FIXAÇÃO DA PENA DE MULTA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. REFORMATIO IN PEJUS. INADMISSIBILIDADE. A emendatio libelli não gera prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, porquanto defende-se o réu dos fatos a ele imputados e não da classificação do crime feita na exordial [...]⁹⁷.

AÇÃO PENAL. TENTATIVA DE LATROCÍNIO. ARTIGO 157, § 3º, SEGUNDA PARTE, COMBINADO COM O ARTIGO 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA DESCLASSIFICATÓRIA. TENTATIVA DE ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. USO DE ARMA. CONCURSO DE AGENTES. ARTIGO 157, § 2º, I E II, COMBINADO COM O ARTIGO 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. RECURSO MINISTERIAL. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA TENTATIVA DE LATROCÍNIO. APELO PROVIDO POR ESTA CORTE. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO. REVISÃO CRIMINAL. DEFINIÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. MODIFICAÇÃO NAS ALEGAÇÕES FINAIS ACUSATÓRIAS. PEDIDO DE CONDENAÇÃO PELO CRIME DO ARTIGO 157, § 3º, PRIMEIRA PARTE, COMBINADO COM O ARTIGO 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. DECISÃO DO ÓRGÃO FRACIONÁRIO. ÉDITO CONDENATÓRIO POR TENTATIVA DE LATROCÍNIO. MATÉRIA VENTILADA EM RECURSO ACUSATÓRIO. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. OFENSA. INEXISTÊNCIA. FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA, QUE OS CAPITULOU COMO TENTATIVA DE LATROCÍNIO EM COAUTORIA. VÍCIO NÃO VERIFICADO.

Conquanto a acusação, na alegações finais, tenha dado aos fatos descritos definição jurídica diversa da constante na inicial, não se verifica violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa quando o Tribunal, ao

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=247252&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em 11 novembro 2014.

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Especial n. 96.234/RN. Valdério Barbosa Vieira, Francisca Nilma dos Santos, Carlos Alberto Câmara de Carvalho e Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. DJ, 03 fevereiro 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=200701495840&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em 11 novembro 2014.

⁹⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Acórdão em Apelação Criminal n. 00004086420094047004/PR. Ademir José de Oliveira e Ministério Público Federal. Relator: Desembargador Federal Néfi Cordeiro. DJ, 20 agosto 2012. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=5249918&hash=c8282e575c8df1975e0693f56d11af21>. Acesso em 11 novembro 2014.

acolher recurso acusatório, adota a definição jurídica dos fatos constante na denúncia.

Em reforço a essa tese, ainda, militaria a possibilidade de *emendatio libelli*, consagrada no artigo 383 do Código de Processo Penal, o qual prevê que "o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave".

Em outras palavras, o réu se defende dos fatos e não da capitulação jurídica adotada pelo Ministério Público na inicial ou, igualmente, nas alegações finais. Como a inicial acusatória descrevia e capitulava o crime, inexistia mácula [...] ⁹⁸.

APELAÇÃO CRIMINAL. CONCORRÊNCIA PARA A DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO (ARTIGO 89, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 8.666/93) E FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM PARA PROCESSAR E JULGAR O FEITO. ALEGAÇÃO PRELIMINAR DE LESÃO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA EM RAZÃO DA EFETIVAÇÃO DE EMENDATIO LIBELLI (ART. 383 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL) SEM INTIMAÇÃO PRÉVIA DA DEFESA. INOCORRÊNCIA DE MÁCULA. PREFACIAL AFASTADA. [...] RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Se apurado que a conduta do acusado, a rigor, não obstante a capitulação jurídica dada pelo Parquet, não configura a prática do crime de peculato de verbas de origem federal, o que denotaria o interesse da União no deslinde do feito e, consequentemente, a competência da Justiça Federal para julgá-lo, mas, em verdade, subsume-se ao tipo penal contido no art. 89, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93 (inclusive com a efetivação de *emendatio libelli* na sentença), resta evidenciada a competência da Justiça Comum para o processamento da actio.

2. Em nosso sistema processual penal, o réu se defende da imputação fática a si voltada, e não da capitulação jurídica constante da denúncia, sendo, portanto, possível que o juiz sentenciante dê nova definição jurídica ao fato narrado na peça exordial acusatória - é o que prevê o art. 383 do Código de Processo Penal, que trata da *emendatio libelli*.

Nesse contexto, desnecessário que a defesa, antes da aludida desclassificação, seja instada a se manifestar sobre a nova capitulação jurídica do fato, uma vez que, desde a citação do réu, teve a oportunidade de rebater as imputações lançadas à denúncia pelo representante ministerial, que não sofreram qualquer aditamento no curso do processo ⁹⁹.

Sustentando também uma visão legalista da *emendatio libelli* e defendendo a desnecessidade de reabertura da fase instrutória após sua aplicação, podem-se destacar os seguintes julgados dos mesmos tribunais:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. RITO COMUM ORDINÁRIO. RECAPITULAÇÃO DOS FATOS PELO MAGISTRADO. EMENDATIO

⁹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Acórdão em Revisão Criminal n. 2013.033889-9. Rafael Bettoni dos Santos. Relator: Desembargador Jorge Schaefer Martins. DJ, 29 abril 2014. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000OVGF0000&nuSeqProcessoMv=45&tipoDocumento=D&nuDocumento=6764721>>. Acesso em 11 novembro 2014.

⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Acórdão em Apelação Criminal n. 2011.024408-4. Ademir Antonio Detofol e Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Paulo Roberto Sartorato. DJ, 11 março 2014. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000IJMR0000&nuSeqProcessoMv=14&tipoDocumento=D&nuDocumento=6592774>>. Acesso em 11 novembro 2014.

LIBELLI. DESNECESSIDADE DE REABERTURA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. DENÚNCIA QUE BEM NARROU OS FATOS ENSEJADORES DA CONDENAÇÃO. CONSUNÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. QUADRO FÁTICO REVELADOR DA INDEPENDÊNCIA DAS CONDUTAS SUPOSTAMENTE PROTAGONIZADAS PELO PACIENTE. ORDEM DENEGADA. 1. Na concreta situação dos autos, a inicial acusatória tratou explicitamente de todos os fatos ensejadores da condenação do paciente. Fatos, todavia, que receberam do Juízo processante classificação jurídica diversa daquela efetuada pelo órgão de acusação, o que se coaduna com o art. 383 do Código de Processo Penal. Pelo que o caso é mesmo de emendatio libelli (correção da inicial) e não de mutatio libelli (alteração do próprio fato imputado ao acusado). [...] 3. Ordem indeferida¹⁰⁰.

PROCESSUAL PENAL. CORREÇÃO DA CAPITULAÇÃO FEITA NA DENÚNCIA. SIMPLES EMENDATIO LIBELI E NÃO MUTATIO LIBELI. NÃO ABERTURA DE PRAZO PARA A DEFESA. SENTENÇA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. 1. Não há falar em nulidade da decisão condenatória por infringência ao contraditório, em face da ocorrência de emendatio libeli (art. 383, do CPP) e não mutatio libeli (art. 384, do CPP), pois a nova classificação concretizou-se na simples correção da capitulação legal, em face dos fatos suficientemente narrados na peça acusatória, sendo desnecessária a abertura de prazo para manifestação da defesa. 2. Recurso improvido¹⁰¹.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. ADITAMENTO À DENÚNCIA. EMENDATIO E MUTATIO LIBELLI. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM CTPS. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. NATUREZA IDEOLÓGICA DA FALSIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PENAL DO ARTIGO 297, §3º, II, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA REPRIMENDA. CULPABILIDADE DESFAVORÁVEL. PENA DE MULTA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CARCERÁRIA POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. REGIME DE CUMPRIMENTO EM CASO DE CONVERSÃO. [...] 2. Eventual equívoco na classificação típica trazida pela acusação não caracteriza a inépcia ou nulidade da denúncia, porquanto é cediço que, no processo penal, o réu defende-se dos fatos a ele imputados, e não da capitulação incorporada à peça, descabendo falar, outrossim, em nulidade do aditamento, uma vez presente a adequada e suficiente, embora sucinta, narração dos fatos delituosos. 3. Não deriva da emendatio libelli a obrigação de abrir vista dos autos à defesa para ofertar nova manifestação, sendo essa obrigatória apenas na hipótese de mutatio libelli, uma vez que essa, e não aquela, acarreta modificação no substrato fático da ação penal [...]¹⁰².

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Habeas Corpus n. 94.443/MS. Alejandro Juvenal Herbas Camacho Junior e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ, 08 outubro 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+94443%2EENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+94443%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/dxu23h6>>. Acesso em 11 novembro 2014.

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 11.054/SP. Marcelo Elias dos Santos Guido e Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. DJ, 04 junho 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=11054&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em 11 novembro 2014.

¹⁰² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Acórdão em Apelação Criminal n. 200571160025384/RS. Antonio Nelson Zancanaro e Ministério Público Federal. Relator: Desembargador Federal Victor Luiz dos Santos Laus. DJ, 18 março 2010. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=3110950&hash=9c048c176e13fd77c5b4429ae41fde34>. Acesso em 11 novembro 2014.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL. AMEAÇA, LESÃO CORPORAL E DESOBEDIÊNCIA NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ARTS. 147, CAPUT, 129, §9º E 330, TODOS DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. JULGAMENTO EM CONJUNTO DE DOIS PROCESSOS ENVOLVENDO O RÉU E A VÍTIMA. [...] DELITO DE LESÕES CORPORAIS. MAGISTRADA SENTENCIANTE QUE APLICOU O INSTITUTO DA EMENDATIO LIBELLI E ALTEROU A CAPITULAÇÃO LEGAL DO FATO DESCRITO NA DENÚNCIA (VIAS DE FATO). ALEGAÇÃO DO RÉU DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO, DIANTE DA INEXISTÊNCIA DE NOVO INTERROGATÓRIO. DESNECESSIDADE. POSSIBILIDADE DO MAGISTRADO ATRIBUIR DEFINIÇÃO JURÍDICA DIVERSA PARA OS FATOS NARRADOS NA INICIAL. ACUSADO QUE SE DEFENDE DA CONDUITA DESCRITA NA DENÚNCIA E NÃO DA CAPITULAÇÃO. ART. 383, DO CPC, DEVIDAMENTE APLICADO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO [...] ¹⁰³.

Ainda há julgados interessantes no que se refere à confirmação da existência de uma terceira "forma" de *emendatio libelli*, da qual já se tratou anteriormente, que se daria pela interpretação diferente do magistrado acerca dos fatos e sua tipicidade penal. Ambos os julgados a seguir colacionados tratam do crime de roubo, havendo divergência entre acusador e julgador acerca da consumação ou não do fato. Assim, há pedido de condenação pela conduta tentada e, nos acórdãos, confirmação da condenação pelo magistrado que entendeu ter se consumado o delito. Vejamos:

"HABEAS-CORPUS". CRIME DE ROUBO. CONCURSO FORMAL E CRIME CONTINUADO. "EMENDATIO LIBELLI", art. 383 do C.P.P. CRIME TENTADO E CRIME CONSUMADO: POSSE DO PRODUTO DO ROUBO. REINCIDENCIA. MEDIDA DE SEGURANÇA: ORDEM CONCEDIDA "EX-OFFICIO". 1. Roubos contra varias vitimas mediante uma só ação e com o mesmo designio e caso de concurso formal, e não de crime continuado, como consta da denuncia. O réu deve defender-se dos fatos mencionados na denuncia, e não do tipo e da qualificação penal nela assinalados. "Emendatio libelli": o Juiz pode corrigir o libelo acusatorio quando este descreve fato capitulado num crime e o qualifica em outro, art. 383 do C.P.P. 2. Crime tentado e crime consumado: posse do produto do roubo. O roubo se consuma no instante em que a detenção de coisa movel alheia se transforma em posse mediante a cessação da grave ameaça ou violência a pessoa, sendo irrelevante no direito brasileiro que o ladrao tenha posse tranquila e possa dispor livremente da "res furtiva", ou o lapso de tempo em que manteve a posse, ou ainda que tenha saído da esfera de vigilancia da vítima. Precedentes: RECr n. 102.490-SP; HC n. 70.303-SP. No caso, a recuperação de parte dos bens roubados não transforma crime consumado

¹⁰³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Acórdão em Apelação Criminal n. 2013.076963-0. Edson de Barros e Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relatora: Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. DJ, 22 outubro 2014. Disponível em: <
<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000Q8680000&nuSeqProcessoMv=30&tipoDocumento=D&nuDocumento=7387006>>. Acesso em 11 novembro 2014.

em crime tentado [...] ¹⁰⁴.

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO. [...] ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. DENÚNCIA QUE TIPIFICA O CRIME IMPUTADO AOS PACIENTES COMO TENTADO. MAGISTRADO QUE PROFERE SENTENÇA CONSIDERANDO A PRÁTICA DO DELITO NA FORMA CONSUMADA. POSSIBILIDADE DE DEFINIÇÃO JURÍDICA DIVERSA. EMENDATIO LIBELLI. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INCONSTITUCIONALIDADE JAMAIS RECONHECIDA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES. ILEGALIDADE INEXISTENTE. 1. Na hipótese, a denúncia narrou que os pacientes lograram sair do estabelecimento com os bens roubados, tendo sido capturados posteriormente pelos policiais militares que foram chamados pelas vítimas. 2. Não há ilegalidade no procedimento adotado pelo magistrado de origem, que condenou os pacientes pelo crime de roubo consumado, já que, nos exatos termos do artigo 383 do Código de Processo Penal, o Juízo pode atribuir definição jurídica diversa aos fatos contidos na inicial, desde que não os modifique, ainda que, por consequência, tenha que aplicar pena mais grave. 3. O artigo 385 do Código de Processo Penal, que prevê que "nos crimes de ação penal pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição", jamais teve a sua inconstitucionalidade reconhecida pelos Tribunais Superiores, sendo reiteradamente aplicado por este Sodalício. Precedentes. 4. Não há ilegalidade na condenação dos pacientes pelo crime de roubo consumado, quando o Ministério Público oferece denúncia e sustenta nas alegações finais que o delito teria sido praticado na forma tentada. 5. O entendimento firmado pelas instâncias de origem está de acordo com o sufragado nesta Corte Superior de Justiça, pelo qual o crime de roubo, assim como o de furto, se consuma quando o agente obtém a posse, ainda que breve, do bem subtraído, não sendo necessário que esta se dê de forma mansa e pacífica. [...] 3. Habeas corpus não conhecido ¹⁰⁵.

A real controvérsia existente na jurisprudência brasileira acerca da *emendatio libelli* se dá na análise do seu momento de aplicação. A despeito dos argumentos já trazidos quando da exposição do pensamento doutrinário sobre o momento processual de aplicação do instituto, há uma nova corrente no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça no sentido de aceitar a correção do tipo penal indicado pela acusação já no recebimento da denúncia ou queixa, mas

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Habeas Corpus n. 70.550/SP. Agostinho Mazzone e Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Paulo Brossard. DJ, 09 dezembro 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+70550%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+70550%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aowb66e>>. Acesso em 11 novembro 2014.

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Habeas Corpus n. 197.068/SP. Wellington Flávio Correia da Silva, Samuel Modica d Silva e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Jorge Mussi. DJ, 24 abril 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=197068&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 11 novembro 2014.

apenas quando tal ensejar alteração da competência ou do procedimento a ser seguido. Não é unanimidade ainda, como se verá adiante. Os primeiros dois julgados representam a visão conservadora de que apenas pode ser aplicado o artigo 383 do Código de Processo Penal no momento da sentença, enquanto os dois que lhes seguem admitem a prévia aplicação:

HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADA PELO CRIME PREVISTO NO ART. 155, § 4º, II, DO CÓDIGO PENAL. PEDIDO DE EMENDATIO LIBELLI PARA DAR-SE DEFINIÇÃO JURÍDICA DIVERSA DA QUE FOI INDICADA NA DENÚNCIA. PRELIMINAR AFASTADA POR DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. ORDEM DENEGADA. [...] II – Eventual equívoco ocorrido na capitulação penal dos fatos apontados na denúncia poderá ser corrigido pelo juiz na sentença, e não no exame preliminar sobre a viabilidade da ação penal. [...] IV – Habeas corpus denegado¹⁰⁶.

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE DENUNCIADO PELA SUPOSTA PRÁTICA DOS CRIMES DE HOMICÍDIO, OMISSÃO DE SOCORRO E DE PERIGO PARA A VIDA. TESE DE ERRO NA CAPITULAÇÃO DO CRIME PELA EXORDIAL ACUSATÓRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Cotejando os tipos penais incriminadores indicados na denúncia, com as condutas supostamente praticadas pelo Paciente, vê-se que, conquanto sucinta, a acusação atende aos requisitos legais do art. 41 do Código de Processo Penal, de forma suficiente para a deflagração da ação penal, bem assim para o pleno exercício de sua defesa. 2. A emendatio libelli e a mutatio libelli - previstas, respectivamente, nos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal - são institutos de que o Juiz pode valer-se quando da prolação da sentença. Não há previsão legal para utilização destes em momento anterior da instrução. Precedentes. 3. Explicita-se: "[n]ão é lícito ao Juiz, no ato de recebimento da denúncia, quando faz apenas juízo de admissibilidade da acusação, conferir definição jurídica aos fatos narrados na peça acusatória. Poderá fazê-lo adequadamente no momento da prolação da sentença, ocasião em que poderá haver a emendatio libelli ou a mutatio libelli, se a instrução criminal assim o indicar (STF, HC 87.324/SP, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJ de 18/05/2007). 4. A existência de eventual erro na tipificação da conduta pelo Órgão Ministerial não torna inepta a denúncia, e menos ainda é causa de trancamento da ação penal, pois o Acusado defende-se do fato ou dos fatos delituosos narrados na denúncia, e não da capitulação legal dela constante. 5. Eventual desclassificação de delito somente poderá ser discutida na instrução criminal, durante o livre exercício do contraditório. 6. Ordem denegada¹⁰⁷.

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. EMENDATIO LIBELLI.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Habeas Corpus n. 113.169/SP. Celia Maria Alves de Godoy e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ, 26 março 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+113169%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+113169%2EACMS%2E%29&b ase=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cetjta6>>. Acesso em 11 novembro 2014.

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Habeas Corpus n. 165.278/RS. Alexandre Buneder e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Ministra Laurita Vaz. DJ, 19 outubro 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=165278&b =ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 11 novembro 2014.

LAVAGEM DE ATIVOS. DESCLASSIFICAÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, PARA ESTELIONATO. ART. 383 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO. RELATIVIZAÇÃO. ESPECIALIZAÇÃO DO JUÍZO. 1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é a sentença o momento processual oportuno para a emendatio libelli, a teor do art. 383 do Código de Processo Penal. 2. Tal posicionamento comporta relativização – hipótese em que admissível juízo desclassificatório prévio –, em caso de erro de direito, quando a qualificação jurídica do crime imputado repercute na definição da competência. Precedente. 3. Na espécie, a existência de peculiaridade – ação penal relacionada a suposto esquema criminoso objeto da ação em trâmite na vara especializada em lavagem de ativos –, recomenda a manutenção do acórdão recorrido que chancelou a remessa do feito, comandada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região para a 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Maranhão, que detém tal especialização. 4. Ordem denegada¹⁰⁸.

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. FALSIDADE IDEOLÓGICA. DESCLASSIFICAÇÃO EM SEDE DE JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA CAPAZ DE SUPERAR O ÔBICE APONTADO E JUSTIFICAR A INTERVENÇÃO DESTA CORTE. [...] 7. Esta Corte Superior firmou posicionamento segundo o qual é indevida a desclassificação da conduta em juízo antecipado da exordial acusatória, por ser medida mais apropriada para a fase da prolação da sentença. Ressalva-se, entretanto, os casos em que o magistrado verifique de plano que a conduta narrada na exordial não se amolda ao tipo penal ali capitulado. 8. Os fatos narrados na denúncia não autorizam, neste momento, concluir qual a intenção do agente ao praticar a conduta prevista no art. 47 da Lei nº 3.688/41. 9. Para tal mister, melhor que se aguarde o término da instrução e a colheita de todas as provas sob o crivo do contraditório, a fim de que se proceda a emendatio libelli ou a mutatio libelli, inclusive com aplicação do princípio da consunção, caso assim se mostre viável. 10. Uma vez que a denúncia relata que o acusado teria inserido declaração em documento particular para utilizá-lo em diversos processos perante a Justiça do Trabalho, é de se reconhecer, a princípio, a competência da Justiça Federal para o processamento do feito, conforme bem salientado no acórdão impugnado. Precedentes. 11. Habeas corpus não conhecido¹⁰⁹.

Apesar de não se observarem os mesmos ares de mudança na jurisprudência brasileira que agora abalam a doutrina tradicional, também não é possível dizer que a questão não está sendo discutida nos tribunais brasileiros. A provocação de defensores em todo o Brasil tem colocado a matéria em pauta, e em

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Habeas Corpus n. 115.832/MA. Raimundo Oglesby da Costa Viana e Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Rosa Weber. DJ, 19 novembro 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+115831%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+115831%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mq5ln3w>>. Acesso em 11 novembro 2014.

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Habeas Corpus n. 156.627/PA. Jefferson Maximiano Rodrigues e Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Ministro Og Fernandes. DJ, 28 novembro 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=156627&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em 11 novembro 2014.

casos de maior repercussão pode ser que a magistratura se permita melhor apreender os argumentos de crítica ao instituto.

Exemplo disso é o desfecho da Questão de Ordem na Ação Penal n. 545, que tramitou originariamente no Supremo Tribunal Federal. Decidiu o Plenário do Supremo pela realização de novo interrogatório do acusado acerca da *emendatio libelli* operada antes da prolação da sentença. Abaixo, a ementa da decisão:

AÇÃO PENAL. CRIME ELEITORAL. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA IMPRESCINDIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO EM PROCESSO ELEITORAL QUE, APÓS A INSTRUÇÃO, FOI REMETIDO A ESTA CORTE. EMENDATIO LIBELI APRESENTADA PELO PARQUET EM ALEGAÇÕES FINAIS. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO DENUNCIADO. QUESTÃO DE ORDEM. DELIBERAÇÃO DO PLENÁRIO PELA REALIZAÇÃO DE INTERROGATÓRIO DO RÉU E PELA OPORTUNIDADE DE DEFESA DIANTE DA EMENDATIO LIBELI. 1. Processo criminal eleitoral submetido à jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Superveniência da Lei nº 10.732/2003 que alterou o artigo 359 do Código Eleitoral e da Lei nº 11.719/2008 que deslocou para após a oitiva de testemunha a realização do interrogatório do denunciado. Imprescindibilidade da realização da audiência de interrogatório, embora o procedimento penal tenha obedecido o rito previsto à época da vigência do artigo 359 do Código Eleitoral, na redação originária. 2. Emendatio libeli apresentada pelo Ministério Público Federal em alegações finais. Manifestação da defesa. 3. Questão de ordem resolvida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no sentido da realização da audiência de interrogatório do denunciado e da indispensabilidade da intimação da defesa para se manifestar a respeito da emendatio libeli apresentada pelo Parquet em alegações finais¹¹⁰.

Isso demonstra que a jurisprudência, como fonte dinâmica de Direito, deve ser considerada com certo afastamento, porquanto revela a evolução do pensamento jurídico de forma mais vagarosa. Assim, observa-se que há reflexão acanhada por parte dos julgadores sobre o instituto da *emendatio libelli*, porém, o questionamento ainda não é suficiente para alavancar verdadeira (e necessária) crítica às repercussões negativas decorrentes de sua aplicação literal.

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Questão de Ordem na Ação Penal n. 545. Ministério Público Eleitoral e Eliene José de Lima. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ, 06 fevereiro 2013. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AP%24%2ESCLA%2E+E+545%2ENUM%2E%29+OU+%28AP%2EACMS%2E+ADJ2+545%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bns7h9s>>. Acesso em 11 novembro 2014.

III. A *EMENDATIO LIBELLI* FRENTE A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Foram abordados nos Capítulos anteriores os sistemas processuais penais historicamente conhecidos, o modelo constitucionalmente adotado no Brasil e os conflitos com a essência do Código de Processo Penal, o instituto da *emendatio libelli* na lei, na doutrina e na jurisprudência pátrias.

Pretende-se agora fazer uma recapitulação desses assuntos, analisando-se a *emendatio libelli*, tal como consta no artigo 383 do Código de Processo Penal, em cotejo com princípios constitucionais atinentes à matéria processual penal.

3.1 Voltando ao princípio acusatório para analisar a *emendatio libelli*

Relembrando a extensa exposição feita no primeiro Capítulo deste estudo, o princípio acusatório é o princípio informador de um modelo de processo penal acusatório, significando a separação das funções de acusar e julgar entre órgãos distintos e a não interferência do julgador na gestão da prova.

A *emendatio libelli*, como também já se demonstrou, se dá pela atuação de ofício do julgador que, no momento da sentença, procede à condenação do acusado às penas de tipo penal diverso daquele indicado pela acusação na denúncia ou na queixa.

Aqui podem-se seguir duas linhas de raciocínios, cujas conclusões serão bastante distintas.

No pensamento de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, não se pode denominar o artigo 383 do Código de Processo Penal pela expressão *emendatio libelli*, pois o termo significa emenda ao libelo e, defende o autor, o juiz ao proceder de acordo com o dispositivo não altera a acusação (alterando, sim, o objeto do processo), mas apenas julga o caso conforme entende conveniente, sem se vincular ao juízo de tipificação feito pelo acusador¹¹¹.

Nesse sentido, reconhecendo-se que a condenação por tipo penal diverso do imputado ao réu na inicial acusatória trata apenas da função de julgar - como indicam muitos autores, na mais perfeita aplicação da máxima *narra mihi factum*,

¹¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 145, 147-148.

dabo tibi ius -, não haveria qualquer ofensa ao princípio acusatório.

Por outro lado, adotando-se o entendimento de que, pela aplicação de tal instituto, há alteração do objeto do processo - como é inclusive defendido por Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró¹¹² -, e considerando o objeto do processo como pretensão acusatória¹¹³, é de se admitir a ingerência na tarefa de acusar pelo juiz, que adentra a função do acusador e apropria-se de sua pretensão, circunstancia que impossibilita qualquer grau de imparcialidade no julgamento do processo¹¹⁴.

Entretanto, para além dessa divergência, o princípio acusatório, como regra informadora de um modelo de processo penal acusatório, também implica o reconhecimento de diversos outros princípios, cuja previsão constitucional é explícita e de muito maior alcance no Direito em geral. São os próximos tópicos deste Capítulo dedicados à sua análise, como desdobramentos do princípio acusatório e novas maneiras de se verificar a conformidade da *emendatio libelli* à Constituição.

3.2 O princípio do contraditório

O princípio do contraditório está previsto no artigo 5º da Constituição Federal, inciso LV¹¹⁵, e é satisfatoriamente definido por Norberto Avena como o:

[...] direito assegurado às partes de serem cientificadas de todos os atos e fatos havidos no curso do processo, podendo manifestar-se e produzir as provas necessárias antes de ser proferida a decisão jurisdicional¹¹⁶.

¹¹² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 141-142.

¹¹³ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*. p. 2263.

¹¹⁴ MACHADO, Antônio Alberto. Curso de Processo Penal. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. *E-BOOK*. p. 252.

¹¹⁵ "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 28 outubro 2014.

¹¹⁶ AVENA, Norberto. Processo Penal Esquematizado. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. *E-BOOK*. p. 186.

Também denominado como princípio da bilateralidade da audiência¹¹⁷, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró reconhece dois aspectos que compõem o contraditório: a informação e a reação¹¹⁸. Nesse sentido, o princípio do contraditório exige que as partes sejam devidamente informadas de todos os atos e fatos do processo, para que então possam manifestar-se em reação a tais atos e fatos.

Eugênio Pacelli de Oliveira inicia sua abordagem ao tema destacando a mudança de paradigma na interpretação do princípio do contraditório, afirmando que, em evolução da visão tradicional que se contentava em garantir a oportunidade de manifestação das partes, hoje a intenção da garantia do contraditório é promover um processo construído pelas partes em paridade de armas, numa efetiva igualdade processual¹¹⁹. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró também traz essa nova visão, inclusive reconhecendo ao juiz o dever de contribuir para a efetivação de tal garantia, com apoio do princípio da isonomia. Assim, para o autor, não basta a "mera possibilidade de participação de desiguais, passando a se estimular a participação dos sujeitos em igualdade de condições"¹²⁰.

Voltando a Eugênio Pacelli de Oliveira, segundo o autor, o contraditório se reveste de duas funções essenciais à promoção do processo penal democrático: como garantia de proteção ao cidadão frente ao aparato persecutório penal estatal; e como método de conhecimento do caso penal, nas palavras do autor:

[...] permitindo uma análise mais ampla de toda a argumentação pertinente à matéria de fato e de direito. Decisão judicial que tem como suporte a participação efetiva dos interessados em todas as fases do processo tem maior probabilidade de aproximação dos fatos e do direito aplicável, na exata medida em que puder abranger a totalidade dos argumentos favoráveis e desfavoráveis a uma ou outra pretensão¹²¹.

Também por esse motivo - e porque não há razões para se admitir o contrário - o contraditório deve incidir de igual forma sobre questões de fato e de direito. Há quem diga que o contraditório se restringe a questões de fato, pois o juiz conhece o direito e cabe às partes trazer-lhes os fatos, que ignora. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró bem contesta essa tese, argumentando que

¹¹⁷ MESSA, Ana Flávia. Curso de Direito Processual Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*. p. 211.

¹¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 33.

¹¹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 43.

¹²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *op. cit.*, p. 33-34.

¹²¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *op. cit.*, p. 44.

A exigência de um contraditório sobre as regras jurídicas ou juízos de direito não afasta o 'mal compreendido do princípio *iura novit curia*'. A exigência do contraditório prévio à decisão não significa que o juiz não possa dar aos fatos narrados pela parte uma ou outra definição jurídica ou decidir diversamente uma questão de direito¹²².

Nessa circunstância de discussão acerca do direito aplicável ao caso, o autor explica que tal definição pode se traduzir em tarefa bastante complexa, sendo factível o aparecimento de dúvidas acerca de concurso aparente de normas, conflitos de lei no tempo e no espaço, bem como a própria interpretação das leis¹²³. Isso, por si só, justificaria a aplicação do contraditório, para além do fato universalmente aceito de que tal princípio significa efetivo direito das partes.

Vale destacar que o contraditório não é garantia apenas à defesa, mas também à acusação, o que Norberto Avena denomina como "dupla face do contraditório"¹²⁴.

De fato, o contraditório propõe a estrutura dialética do processo, em que ambas as partes estejam em igualdade de condições para participação e manifestação. Isso não exclui a acusação, embora seja mais valiosa à defesa.

O autor supracitado ainda admite a mitigação do princípio do contraditório em determinados casos, em que é postergada a informação ao investigado ou acusado, especialmente quando

[...] a urgência da medida ou a sua natureza exige um provimento imediato e *inaudita altera parte*, sob pena de prejuízo ao processo ou, no mínimo, de ineficácia da determinação judicial¹²⁵.

Nesse sentido, traz alguns exemplos, dentre os quais: a decretação da prisão preventiva do agente, o procedimento do sequestro de bens e a interceptação das comunicações telefônicas e o inquérito policial. Entretanto, não serão aprofundadas tais questões, sob pena de se fugir ao tema do presente estudo.

O princípio do contraditório, como tantas garantias constitucionais relacionadas ao processo penal, não pode ser visto de forma isolada, porque efetivamente influencia todo o conteúdo do devido processo legal. Estreita relação

¹²² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 35.

¹²³ *Ibidem*, p. 36-37.

¹²⁴ AVENA, Norberto. Processo Penal Esquematizado. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. E-BOOK. p. 187.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 187-188.

guarda com o direito à (ampla) defesa, mas, como destaca Renato Marcão:

[...] são indissociáveis na medida em que ao exercer o contraditório o acusado se defende, mas disso não se extrai relação de primazia ou derivação entre um e outro¹²⁶.

Tal passagem demonstra que o contraditório e a ampla defesa estão realmente correlacionadas de forma indissociável, especialmente porque sem contraditório a ampla defesa não será possível, mas são garantias independentes e devem ser ambas consideradas com o mesmo cuidado.

3.3 O princípio da ampla defesa

O princípio da ampla defesa está contido no mesmo dispositivo constitucional que positivou o princípio do contraditório (artigo 5º, LV, da Constituição Federal¹²⁷), já mencionado no item anterior.

Para definição e diferenciação dos conceitos de direito de defesa e ampla defesa, cabe destaque à seguinte passagem extraída da obra de Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti e Marco Antônio Ferreira Lima:

Em seu significado estrito, a palavra defesa exprime o direito de alguém se opor a uma pretensão, a fim de garantir um direito ou interesse que afirma existir e de que entende ser o titular. No plano processual, a defesa é assim resistência transformada em contrariedade à pretensão do autor. Ampla defesa é o direito de defender-se utilizando todos os meios processuais possíveis: direito do indivíduo trazer ao processo todas as provas lícitas e também se omitir e silenciar para não se auto-incriminar. Compreende, além da possibilidade de se defender, a de criar perspectivas favoráveis ao convencimento de sua inocência. Em decorrência dela, assegura-se durante o procedimento, a posição processual da manifestação da defesa, sendo sempre a última a postular¹²⁸.

Eugênio Pacelli de Oliveira também traz conveniente diferenciação entre o contraditório e a ampla defesa, afirmando que o primeiro garante apenas a

¹²⁶ MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*. p. 133.

¹²⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 28 outubro 2014.

¹²⁸ BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. *E-BOOK*. p. 21.

participação das partes, enquanto a segunda impõe a efetiva realização dessa participação¹²⁹.

Valorizando o conceito dialético de processo, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró identifica a acusação como tese e a defesa como antítese, sendo o julgamento a síntese, para concluir que tal estrutura "representa o mecanismo básico da correlação entre acusação e sentença"¹³⁰, princípio do qual trataremos adiante.

Retornando à doutrina de Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti e Marco Antônio Ferreira Lima, referidos autores vão além do conceito de garantia individual do acusado conferido à ampla defesa para reconhecer ao princípio valor de garantia da própria jurisdição, na medida em que apenas o devido processo legal, com o respeito a todas as garantias que dele decorrem, legitima a atuação estatal jurisdicional. Veja-se o argumento:

Analizando o processo a partir de uma ótica publicista, pode-se dizer que, em seu perfil objetivo, a defesa é uma garantia da própria jurisdição, pois se volta à regularidade do processo, à imparcialidade do juízo, à justiça das decisões. É do interesse público que todo acusado seja efetivamente defendido para que o processo possa atingir uma solução justa. Assim, mais do que uma tentativa de fazer prevalecer pretensões em juízo, a defesa proporciona uma boa qualidade no exercício da atividade jurisdicional¹³¹.

Dessa forma, por se tratar a ampla defesa de garantia constitucional de elevado valor democrático e, nos termos da citação anterior, de verdadeiro fator de legitimidade e graduação da justiça das decisões do Judiciário, Eugênio Pacelli de Oliveira, Norberto Avena e Levy Emanuel Magno consideram-na como verdadeiro dever do Estado. O primeiro, por impor ao Poder Judiciário "o controle do efetivo exercício da ampla defesa"¹³². O segundo, por caracterizar a ampla defesa como "o dever que assiste ao Estado de facultar ao acusado toda a defesa possível quanto à imputação que lhe foi realizada"¹³³. E o terceiro, também, por atribuir ao Estado o dever de colocar à disposição do acusado uma defesa completa, inclusive com a

¹²⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 44-45.

¹³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 40.

¹³¹ BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. *E-BOOK*. p. 21.

¹³² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *op. cit.*, p. 45.

¹³³ AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquemático*. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. *E-BOOK*. p. 191.

prestação do serviço de assistência judiciária gratuita àqueles que não possam custear o patrocínio de um advogado¹³⁴.

Quase a totalidade de obras consultadas neste estudo divide a ampla defesa em duas categorias: autodefesa e defesa técnica.

Assim, pode-se dizer que a doutrina brasileira majoritária define a autodefesa - ou defesa privada¹³⁵ - como sendo o direito do acusado de participar pessoalmente do processo no intuito de defender-se, explicar suas ações ou mesmo fazer certos pedidos, como *habeas corpus*, por exemplo. A autodefesa também incluiria o direito de permanecer calado e de não produzir prova contra si mesmo (artigo 186 do Código de Processo Penal¹³⁶ e artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal¹³⁷). Disso decorre a conclusão de que o direito de se autodefender é disponível ao réu, pois pode escolher manifestar-se ou não, sem que disso seja deduzida qualquer valoração desfavorável¹³⁸. Destaca-se: o interrogatório do réu, por exemplo, deve obrigatoriamente ser oportunizado, pois constitui meio de defesa, sob pena de nulidade processual (artigo 564, III, "e", do Código de Processo Penal¹³⁹), mas o acusado pode livremente escolher manter-se em silêncio.

Aury Lopes Jr. e Denise Neves Abade, pelas características dessa forma de ampla defesa já indicadas acima, trazem uma subdivisão da autodefesa em ativa ou positiva - no sentido de ser direito do acusado agir, pedir, falar e fazer - e passiva, inerte ou negativa - no sentido de também ter direito a calar-se e recusar-se a participar de atos que visem a produzir provas contra si¹⁴⁰.

Renato Marcão, ao aprofundar o estudo da autodefesa positiva, vê três garantias importantes na sua aplicação: o direito de presença (para que o acusado acompanhe pessoalmente todos os atos do processo); o direito de audiência (especialmente instrumentalizado pelo interrogatório do acusado); e o direito de

¹³⁴ MAGNO, Levy Emanuel. *Curso de Processo Penal Didático*. São Paulo: Atlas, 2013. *E-BOOK*. p. 43.

¹³⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*. p. 404.

¹³⁶ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 outubro 2014.

¹³⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 28 outubro 2014.

¹³⁸ LOPES JR., Aury. *op. cit.*, p. 45.

¹³⁹ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 outubro 2014.

¹⁴⁰ LOPES JR., Aury. *op. cit.*

postular pessoalmente (por exemplo, com a impetração de *habeas corpus* sem patrocínio de advogado e a realização de pedidos durante a execução da pena)¹⁴¹.

Já a defesa técnica, também chamada de defesa pública por Aury Lopes Jr.¹⁴², traduz-se na representação do acusado no processo por profissional da advocacia habilitado e competente, constituído pelo réu ou nomeado pelo Juízo. Isso porque a defesa técnica é obrigatoriedade à validade do processo penal (artigo 261 do Código de Processo Penal¹⁴³) e sua ausência - ou mesmo ineficiência - é causa de nulidade (artigo 564, III, "c", do Código de Processo Penal¹⁴⁴ e Súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal¹⁴⁵), de modo que cabe ao Juízo, quando o acusado não houver constituído um advogado de sua confiança, nomear profissional apto a representá-lo, conforme dicção do artigo 263 do Código de Processo Penal¹⁴⁶.

Ainda quanto à obrigatoriedade da existência da defesa técnica no processo penal, Aury Lopes Jr. faz abordagem similar à já mencionada anteriormente quanto à serventia da ampla defesa à sociedade e à garantia de um processo justo, imparcial e legítimo. Segundo o autor:

[...] a defesa técnica atua também como um mecanismo de autoproteção do sistema processual penal, estabelecido para que sejam cumpridas as regras do jogo da dialética processual e da igualdade das partes. É, na realidade, uma satisfação alheia à vontade do sujeito passivo, pois resulta de um imperativo de ordem pública, contido no princípio do *due process of law*¹⁴⁷.

Para Guilherme Nucci, tal obrigatoriedade decorre da hipossuficiência do acusado frente ao aparato estatal de persecução criminal¹⁴⁸. Renato Marcão também justifica a exigência com base na busca do equilíbrio entre acusação e defesa:

¹⁴¹ MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*. p. 116.

¹⁴² LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*. p. 404.

¹⁴³ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 outubro 2014.

¹⁴⁴ *Idem*.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 523: No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0523.htm>. Acesso em 20 novembro 2014.

¹⁴⁶ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 outubro 2014.

¹⁴⁷ LOPES JR., Aury. *op. cit.*, p. 405.

¹⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. *E-BOOK*. p. 161.

Com efeito, se a acusação formal só pode ser feita pelo Ministério Público (nas ações penais públicas) ou pelo ofendido por intermédio de advogado (nas ações penais privadas), sendo ambos profissionais, técnicos portanto, não haveria igualdade de partes e tratamento isonômico se não fosse exigida defesa igualmente técnica e capacitada¹⁴⁹.

Seguindo a mesma linha de raciocínio e considerando a notória competência dos órgãos estatais de acusação, para que haja tal isonomia entre as partes é indispensável que a defesa não seja meramente existente, mas eficiente. Denise Neves Abade, Eugênio Pacelli, Renato Marcão, Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti e Marco Antônio Ferreira Lima são autores que fazem esse destaque em seus estudos sobre a ampla defesa, reconhecendo a exigência de efetividade à defesa técnica como essencial ao respeito da ampla defesa. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró ainda acrescenta:

Outro aspecto relevante a destacar com relação ao direito de defesa é a necessidade de um tempo hábil para sua preparação e exercício. Conferir ao réu o direito de defesa, sem oferecer-lhe tempo suficiente para sua preparação é esvaziar tal direito. Deve haver um tempo razoável entre a comunicação do ato em relação ao qual deverá ser exercida a defesa e o prazo final para tal exercício. Defesa sem tempo suficiente é ausência de defesa, ou, no mínimo, defesa ineficiente.
[...] Contudo, o direito ao tempo razoável para preparação da defesa não tem recebido o destaque que merece nas legislações dos Estados¹⁵⁰.

Apesar do princípio da ampla defesa fundamentar uma série de direitos dos quais o acusado se vê titular no processo penal, é importante frisar que seu direito de defesa não é ilimitado. Norberto Avena lembra que

[...] a ampla defesa não significa que esteja o acusado sempre imune às consequências processuais decorrentes da ausência injustificada a audiências, do descumprimento de prazos, da desobediência de formas processuais ou do desatendimento de notificações judiciais¹⁵¹.

Em complemento, Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti e Marco Antônio Ferreira Lima:

A acusação é limitada pela denúncia ou pela queixa, em função do princípio constitucional implícito da correspondência ou da correlação. A seu turno, a defesa é sempre ampla, mas isso não quer dizer que ela seja ilimitada, pois, se assim fosse, haveria uma relação de desequilíbrio. A contenção da ampla defesa está na licitude da prova e nos princípios da

¹⁴⁹ MARCÃO, Renato. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*. p. 114.

¹⁵⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 42.

¹⁵¹ AVENA, Norberto. Processo Penal Esquemático. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. *E-BOOK*. p. 192-193.

publicidade, legalidade, conveniência, oportunidade e nos prazos processuais¹⁵².

Por fim, pertinente trazer a diferenciação entre ampla defesa e plenitude de defesa, instituto pertencente apenas ao julgamento de processos de competência do Tribunal do Júri, e somente na fase do plenário, como bem sintetiza Nestor Távora:

[...] a ampla defesa não se confunde com a "plenitude de defesa", estabelecida como garantia própria do Thbunal do Júri no art. 5º, XXXVIII, "a", CF. É que o exercício da ampla defesa está adstrito aos argumentos jurídicos (normativos) a serem invocados pela parte no intuito de rebater as imputações formuladas, enquanto que plenitude de defesa autoriza a utilização não só de argumentos técnicos, mas também de natureza sentimental, social e até mesmo de política criminal, no intuito de convencer o corpo de jurados¹⁵³.

3.4 O princípio da correlação entre acusação e sentença

O princípio da correlação entre acusação e sentença recebe ainda outras denominações na doutrina, sendo chamado também de princípio da congruência¹⁵⁴, da correspondência¹⁵⁵, da astrição e do bitolamento necessário¹⁵⁶.

Tal princípio impõe a regra geral da imutabilidade do objeto do processo¹⁵⁷, ou da *imutatio libelli*¹⁵⁸. Entretanto, reconhece Aury Lopes Jr., "como toda regra, há que se relativizá-la"¹⁵⁹.

A exigência de correlação entre acusação e sentença é implícita em nosso sistema processual, decorrendo o seu reconhecimento da interpretação e aplicação de outros princípios constitucionais, como o da inércia e imparcialidade da

¹⁵² BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. Processo Penal Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. *E-BOOK*. p. 21-22.

¹⁵³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. *E-BOOK*. p. 59.

¹⁵⁴ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*. p. 2262.

¹⁵⁵ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Curso de Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. *E-BOOK*. p. 601.

¹⁵⁶ MAGNO, Levy Emanuel. Curso de Processo Penal Didático. São Paulo: Atlas, 2013. *E-BOOK*. p. 738.

¹⁵⁷ LOPES JR., Aury. *op. cit.*, p. 2264. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 141.

¹⁵⁸ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *op. cit.*, *loc. cit.* ISHIDA, Válder Kenji. Processo Penal. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. *E-BOOK*. p. 321.

¹⁵⁹ LOPES JR., Aury. *op. cit.*, p. 2265.

jurisdição¹⁶⁰, da ação, da ampla defesa e do contraditório¹⁶¹. Antônio Alberto Machado resume o argumento para dizer que o princípio da correlação decorre necessariamente do sistema acusatório¹⁶².

Como já foi exposto no Capítulo anterior deste trabalho, Aury Lopes Jr. vê interligação muito próxima entre os princípios citados acima, sendo o contraditório o elemento essencial à oportunização da defesa e à legitimidade do julgamento, servindo o princípio da correlação como garantia do próprio contraditório. O autor, acompanhado nessa visão por Edilson Mougenot Bonfim¹⁶³, assevera que a correlação não se dá apenas entre acusação e sentença, mas entre acusação, defesa, instrução e sentença.

Levy Emanuel Magno bem sintetiza o significado do princípio que se estuda aqui:

A sentença deve guardar plena consonância com o fato descrito na peça acusatória, não podendo dele se afastar, sob pena de violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório¹⁶⁴.

Isso porque é a acusação que define o objeto processual (pretensão acusatória¹⁶⁵) e sobre ele são planejadas e executadas todas as ações e estratégias das partes, especialmente da defesa. Disso decorre que é sobre tal acusação que pode haver contraditório, de modo que a sentença não pode decidir fora disso sem eivar-se de nulidade absoluta.

Não por outra razão, Edilson Mougenot Bonfim e Eugênio Pacelli de Oliveira consideram o princípio da correlação entre acusação e sentença verdadeira garantia do acusado¹⁶⁶. Para Válter Kenji Ishida, "representa um dos mais relevantes pontos do direito de defesa"¹⁶⁷.

Para exemplificar possíveis ofensas ao referido princípio, Guilherme de Souza Nucci enumera:

¹⁶⁰ MAGNO, Levy Emanuel. Curso de Processo Penal Didático. São Paulo: Atlas, 2013. *E-BOOK*. p. 739.

¹⁶¹ BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. Processo Penal Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. *E-BOOK*. p. 346.

¹⁶² MACHADO, Antônio Alberto. Curso de Processo Penal. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. *E-BOOK*. p. 250.

¹⁶³ BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*. p. 566.

¹⁶⁴ MAGNO, Levy Emanuel. *op. cit.*, p. 738.

¹⁶⁵ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*. p. 2263.

¹⁶⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. *op. cit.*, p. 565. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 647.

¹⁶⁷ ISHIDA, Válter Kenji. Processo Penal. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. *E-BOOK*. p. 320.

São ofensivas à regra da correlação entre acusação e sentença as alterações pertinentes ao elemento subjetivo (transformação do crime de doloso para culposo ou vice-versa), as que disserem respeito ao momento consumativo (transformação de crime consumado para tentado ou vice-versa), bem como as que fizerem incluir fatos não conhecidos da defesa, ainda que possam parecer irrelevantes, como a mudança do endereço onde o delito ocorreu¹⁶⁸.

A consequência da ofensa ao princípio da correlação é de cerceamento de defesa¹⁶⁹ e violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa¹⁷⁰, o que causa, inexoravelmente, a nulidade da decisão¹⁷¹.

Grande parte da doutrina ainda traz classificação quanto às possíveis formas de desrespeito à correlação, gerando incongruência entre a inicial acusatória e a sentença: por sentença *extra petita* (com condenação do acusado por fato não descrito na denúncia ou queixa); *ultra petita* (com condenação pelo mesmo fato descrito, mas com resultado diverso ou de modalidade mais grave); e *citra petita* (sem fazer menção a parte da acusação ou da defesa)¹⁷².

Luís Fernando de Moraes Manzano explicita como essas formas de sentença ofendem o ordenamento jurídico:

É nula a sentença *ultra*, *citra* e *extra petita*, por ofensa ao princípio em tela. A primeira ofende também o princípio da ação ou demanda, na medida em que a entrega jurisdicional ultrapassa os limites da pretensão deduzida; a segunda fere de igual modo o princípio da inafastabilidade ou indeclinabilidade da jurisdição, pois o juiz não pode deixar de apreciar a causa que lhe é trazida à solução; e, por fim, a terceira atenta contra os três princípios mencionados neste parágrafo, pelas mesmas razões já explicitadas¹⁷³.

Eugênio Pacelli de Oliveira inicia sua análise do tema afirmando que o pedido da acusação é sempre genérico (ou seja, apenas de condenação), de forma que caberá ao juiz "o juízo de adequação típica, o enquadramento jurídico do fato, bem como a dosimetria da pena a ser aplicada", vinculando-se apenas aos fatos

¹⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. *E-BOOK*. p. 1493.

¹⁶⁹ BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de Processo Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*. 565.

¹⁷⁰ MAGNO, Levy Emanuel. Curso de Processo Penal Didático. São Paulo: Atlas, 2013. *E-BOOK*. p. 739.

¹⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *op. cit.*, *loc. cit.* MARCÃO, Renato. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*. p. 1490.

¹⁷² ISHIDA, Válter Kenji. Processo Penal. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. *E-BOOK*. p. 320.

¹⁷³ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Curso de Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. *E-BOOK*. p. 601.

imputados ao acusado (*causa petendi*) e podendo desconsiderar a indicação do direito aplicável se achar necessário¹⁷⁴.

Nesse sentido, a correlação entre acusação e sentença para o autor significa identidade entre o fato imputado e o fato pelo qual se dá a condenação, justificando assim a possibilidade de o juiz, no momento da sentença, reconhecer a subsunção do fato ao tipo penal que lhe parecer mais adequado, já que não está adstrito à aplicação daquele indicado pelo acusador. Por essa razão, defende que a *emendatio libelli* e a *mutatio libelli* representam instrumentos à adequação do fato imputado/imputável ao direito aplicável¹⁷⁵.

Edilson Mougenot Bonfim destaca ainda que a *emendatio libelli* não ofende o princípio da correlação entre acusação e sentença, em razão da literal aplicação dos princípios da livre dicção do direito e da consubstanciação, que importam na adoção da premissa de que o juiz conhece o direito e tem autonomia decisória para decidir sobre questões de direito, apenas sendo necessário que lhe sejam relatados e demonstrados os fatos¹⁷⁶.

3.4.1 A exigência de classificação do crime na inicial acusatória e a consequência de sua ausência

Assim dispõe o artigo 41 do Código de Processo Penal:

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas¹⁷⁷.

Tem-se, dessa forma, que a inicial acusatória deve ser completa e descrever minuciosamente o fato imputado ao acusado, classificando-o juridicamente (juízo de tipicidade), dentre outros requisitos.

Nas palavras de Renato Marcão:

¹⁷⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 646.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 647.

¹⁷⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*. 566.

¹⁷⁷ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 outubro 2014.

Não é por razão qualquer ou simples excesso de zelo que o legislador cuidou de estabelecer no art. 41 do CPP, embora não taxativamente, os requisitos formais da denúncia ou queixa, conforme minimamente listados. [...] Trata-se de necessidade que decorre dos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, visto que não se pode admitir a instauração de processo de natureza criminal em que o acusado não possa conhecer desde o início, com exatidão, a intensidade e os limites da imputação contra ele lançada por quem o acusa¹⁷⁸.

De fato, a exigência de detalhamento e clareza na acusação serve a possibilitar uma defesa eficiente e completa. Não contendo a acusação os requisitos legais impostos, em maior ou menor grau estará prejudicada a defesa (ou até impossibilitada), pois não poderá o acusado defender-se dos exatos fatos que lhe são imputados.

A ausência de qualquer dos requisitos exigidos pelo dispositivo supracitado (excetuando-se o rol de testemunhas, pois não é obrigatório, mas consta da enumeração pela intenção de se indicar o momento em que o arrolamento deve ser feito, se for necessário), é causa de inépcia da inicial acusatória, pois prejudica o exercício do direito de defesa do acusado. A consequência, prevista por dispositivo do mesmo diploma a seguir colacionado, é a rejeição da denúncia ou queixa:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:
I - for manifestamente inepta;
II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou
III - faltar justa causa para o exercício da ação penal¹⁷⁹.

Guilherme de Souza Nucci explica melhor o que significa uma denúncia ou queixa inepta:

[...] configura-se a inépcia da peça acusatória quando não se prestar aos fins aos quais se destina, vale dizer, não possuir a menor aptidão para concentrar, concatenadamente, em detalhes, o conteúdo da imputação, permitindo ao réu a exata compreensão da amplitude da acusação, garantindo-lhe, assim, a possibilidade de exercer o contraditório e a ampla defesa¹⁸⁰.

Dáí a demonstração da considerável importância de uma denúncia ou queixa apresentada nos moldes do artigo 41 do Código de Processo Penal: sua

¹⁷⁸ MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*. p. 1489.

¹⁷⁹ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 outubro 2014.

¹⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. *E-BOOK*. p. 2082.

inobservância é causa de violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, gerando prejuízo ou até mesmo impossibilitando a defesa do acusado.

Nessa circunstância, destaca-se que a capitulação legal do fato imputado ao acusado faz parte do rol de requisitos exigidos ao recebimento da denúncia ou queixa, sendo certo que sua ausência torna a inicial acusatória inepta. Já exposto o significado da inépcia que provoca a rejeição da peça acusatória, não é possível argumentar pela irrelevância do juízo de tipicidade feito pelo acusador nesse momento, porque o legislador expressamente o exigiu e impôs grave sanção processual à sua ausência. Volta-se ao motivo de tal previsão de rejeição: uma denúncia incompleta prejudica sobremaneira - se não impossibilita - a defesa do acusado, seu direito fundamental e incontestável.

Isso só pode reforçar o entendimento de que a capitulação legal do crime indicada pelo acusador na inicial é sim objeto do processo e deve fazer parte do contraditório, da defesa e - por que não? - da instrução processual.

3.5 A interpretação conforme a Constituição e a *emendatio libelli*

Já abordado o tema da supremacia da Constituição no primeiro Capítulo deste estudo, passa-se à análise do instituto da *emendatio libelli* frente aos princípios constitucionais que compõem a base de um "devido processo penal"¹⁸¹.

Como se viu anteriormente, a doutrina majoritária não identifica qualquer problema no procedimento imposto pelo artigo 383 do Código de Processo Penal, aferindo que nenhuma norma constitucional é violada quando o juiz altera a classificação jurídica do fato no momento da sentença. O principal argumento a fundamentar essa visão seria o de que o juiz conhece o ordenamento jurídico, cabendo às partes trazer-lhe apenas os fatos, para que proceda à aplicação do direito da forma que julgar adequado. Além disso, defendem esses autores, da aplicação da *emendatio libelli* não decorreria nenhum prejuízo ao réu, que se defende dos fatos e não da capitulação legal.

¹⁸¹ Expressão utilizada em GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal. São Paulo: Atlas, 2014. E-BOOK.

Dentre os autores que tecem uma crítica de ordem constitucional ao instituto da *emendatio libelli* está Antônio Alberto Machado. O autor concentra seus questionamentos no princípio acusatório e na separação das funções de julgar e acusar num sistema democrático de processo penal. Nesse sentido, pode ser indicado como um crítico mais radical do instituto, visto que defende não ser possível ao juiz ingressar na esfera de atuação do acusador e alterar o objeto do processo - a pretensão acusatória -, ainda que somente quanto à classificação jurídica do fato. Em razão disso, propõe como adequação da *emendatio libelli* a exigência de que seja feita pelo acusador¹⁸². Entretanto, essa solução nada mais é do que uma abolição do instituto, tratando-se de aplicação regular do artigo 569 do Código de Processo Penal, ou seja, mero aditamento da inicial acusatória, o que inclusive também implicaria a reabertura do contraditório entre as partes, de modo a silenciar todas as demais possíveis críticas à *emendatio libelli*.

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró também faz observações quanto a aplicação literal do artigo 383 do Código de Processo Penal, especialmente para destacar a necessidade de se prover o necessário contraditório quando de sua utilização. Isso porque, como defende o autor, o contraditório não se dá apenas quanto às questões de fato, mas também em relação às questões de direito - se é que se pode definir de forma nítida a diferença entre as duas categorias. Também aproveita para atacar o argumento falacioso de que o réu se defende dos fatos, reconhecendo que a defesa do acusado é especialmente influenciada pela qualificação jurídica dada pelo acusador no momento da deflagração da ação penal¹⁸³.

Cabe ponderação quanto ao argumento de que a aplicação literal da *emendatio libelli* ofende o contraditório: isso ocorre para ambas as partes, ou seja, é impossibilitada a manifestação da defesa, mas também da acusação. E essa situação é igualmente grave a ambos. À acusação, porque muito provavelmente manterá sua convicção inicial do tipo penal indicado na denúncia ou queixa. À defesa, porque o instituto só tem razão de ser em sentenças condenatórias, de modo que sua liberdade se vê concretamente ameaçada, agora por outro viés do qual não pôde se defender.

¹⁸² MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. E-BOOK.

¹⁸³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti e Marco Antônio Ferreira Lima também se posicionam de forma contrária à teoria da consubstanciação, dando especial destaque ao direito de defesa do acusado, que sofre considerável prejuízo com a aplicação da *emendatio libelli* nos termos do artigo 383 do Código de Processo Penal. Também reconhecem que o acusado se defende sim da capitulação legal do fato que lhe é imputado, especialmente porque desse juízo de tipificação é que decorrerá (ou poderá decorrer) a sanção à sua liberdade. Dessa forma, é de grande interesse do acusado saber exatamente em que tipo penal está sendo sua (suposta) conduta subsumida, pois só assim poderá se defender de forma completa e ampla, inclusive com argumentos relativos à dosimetria da pena, por exemplo, em caráter eventual¹⁸⁴.

Quanto às críticas dos autores em relação à teoria da consubstanciação, há que se admitir que a defesa da máxima "o réu se defende dos fatos e não da capitulação legal" importa negação da realidade da prática forense criminal. O que se vê com elevada frequência são peças defensivas pautadas primordialmente no tipo penal e suas elementares, alegando, por meio dos fatos, teses de atipicidade formal ou material, de licitude da conduta, da aplicação de escusas absolutórias, dentre tantos fatores pertinentes a cada tipo penal em particular.

Ainda, a defesa técnica, muitas vezes dissociada da autodefesa e de contato pessoal com o acusado - especialmente nos casos de sua não localização após ser devidamente citado, com a nomeação de defensor público ou dativo -, terá especial importância na análise de questões de direito - material e processual. Isso se dará em dois momentos: na defesa propriamente dita, ou seja, na reação à imputação; e no acompanhamento dos atos processuais, fazendo valer a lei processual e velando pelo respeito às garantias constitucionais. Dessa forma, a capitulação legal indicada pelo acusador na denúncia ou queixa serve de material basilar à reação defensiva do acusado.

Assim sendo, não se pode negar o prejuízo à defesa técnica - subdivisão do direito de (ampla) defesa - quando da aplicação da *emendatio libelli* sob alegação de que o réu não se defende de questões de direito como a capitulação legal. A qualificação jurídica do fato que lhe é imputado como crime - como determinado crime, e não outro - é tudo o que importa ao acusado, pois foi esse juízo de

¹⁸⁴ BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. Processo Penal Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. E-BOOK.

tipicidade que motivou a persecução criminal e permitiu o recebimento da acusação. Ora, se o acusador não tinha certeza de qual crime estava sendo cometido com a conduta (supostamente) realizada pelo acusado, como pode afirmar que é um crime, passível de persecução penal e penalização estatal? E o julgador, como pode receber uma acusação que indica qualquer tipo penal apenas por formalidade, se essa indicação é exatamente o que inicia a demonstração de justa causa? Em síntese, se um fato só pode ser considerado criminoso quando tipicamente previsto dessa maneira pelo ordenamento jurídico, como pode ser considerada irrelevante a classificação jurídica indicada pelo acusador?

Tudo isso leva ao entendimento inafastável de que o réu se defende sim da capitulação legal. Primeiramente, porque é o que realmente ocorre no mundo dos fatos: não há defesa que não aborde a (a)tipicidade da conduta e a presença ou ausência das elementares do tipo. Em segundo momento, porque o tipo penal é a única forma de relacionar o acusado com a sanção que se lhe pretende impor, de modo que a defesa nunca poderia considerá-lo irrelevante, como o fazem os julgadores ao modificá-lo no momento da sentença sem proporcionar o devido contraditório acerca da questão.

Ainda, cabe ressaltar que a alteração da tipificação da conduta imputada ao réu no momento da sentença, sem prévia oportunidade de manifestação das partes em relação ao novo tipo penal, caracteriza sem dúvidas cerceamento de defesa em primeiro grau. Sobrevindo sentença com aplicação da *emendatio libelli*, a única possibilidade de ataque à decisão seria de provocação da segunda instância com fins de reforma. Entretanto, isso significaria dois problemas: cerceamento de defesa no que concerne à (im)possibilidade de produção de provas em relação ao tipo penal aplicável; e ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição, porque o novo tipo penal não foi debatido no Juízo *a quo*, havendo clara supressão de instância em relação à matéria.

Por outro lado, Aury Lopes Jr. faz extensa crítica à *emendatio libelli*, atingindo diversos aspectos do instituto. Primeiramente, reconhece ofensa ao princípio acusatório em seu desdobramento da inércia da jurisdição, porque o juiz estaria, com a aplicação do instituto, adentrando função da acusação para corrigir sua falha, impossibilitando qualquer demanda por imparcialidade judicial. Em segundo momento, afirma que a aplicação da *emendatio libelli* nos exatos termos do dispositivo legal fere de uma só vez os princípios da correlação entre acusação e

sentença e do contraditório, na medida em que o juiz faz constar da sentença elemento não debatido em contraditório - em verdade, não debatido de qualquer forma. Em terceira abordagem, o autor evidencia a principal ofensa representada pela *emendatio libelli*: ao direito de defesa. Isso advém do notável prejuízo sofrido pelo acusado que não teve oportunidade de se defender com relação a esse novo tipo penal indicado na condenação¹⁸⁵.

Os autores citados neste tópico, excepcionando Antônio Alberto Machado, cuja posição já foi detalhada acima, propõem uma adequação da *emendatio libelli* prevista no Código de Processo Penal para que seja aplicada de acordo com os ditames constitucionais do contraditório, principalmente. Assim, sugerem que, o juiz, encontrando-se na hipótese de considerar a aplicação de outro tipo penal que não aquele indicado na inicial acusatória, abra vistas às partes para que se manifestem acerca da possibilidade de subsunção do fato a determinado tipo penal, diverso do imputado na denúncia ou queixa. Dessa forma, o contraditório estaria sendo respeitado, a ampla defesa teria oportunidade de ser exercida e a sentença teria maiores chances de se correlacionar perfeitamente com a acusação, a defesa e a instrução.

Diante dessa explanação, vê-se que mesmo a doutrina minoritária crítica à *emendatio libelli* não a considera explicitamente inconstitucional. Como visto, os autores tendem a reconhecer a necessidade do instituto, apenas propondo sua adequação, aplicando-o em conformidade a Constituição. Ressalta-se a solução indicada por Antônio Alberto Machado, que, de forma sutil, defende a abolição da *emendatio libelli*.

Por fim, registre-se que este trabalho se filia à mesma linha da doutrina minoritária, capitaneada por Aury Lopes Jr., pois, se de um lado se reconhece a imprescindibilidade da *emendatio libelli* para o bom andamento das ações penais, de outro infere-se que o instituto em comento deriva de norma infraconstitucional e, sendo assim, necessariamente tem de se conformar à Lei Fundamental, notadamente aos princípios contidos no presente Capítulo, os quais repercutem sobremaneira na garantia de um processo penal constitucional.

¹⁸⁵ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. E-BOOK.

CONCLUSÃO

Após a realização de aprofundada pesquisa acerca do instituto da *emendatio libelli*, é possível deduzir algumas conclusões acerca do tema:

1. Os modelos de sistema processual penal historicamente conhecidos suportam duas classificações: sistema acusatório e sistema inquisitório. Não é viável a caracterização de um sistema misto, visto que os dois modelos referidos diferem em enorme escala, bem como em razão do próprio conceito de "sistema".

2. O regramento processual penal brasileiro não compõe verdadeiramente um sistema, pois contém normas de caráter acusatório e dispositivos de natureza inquisitória.

3. A Constituição Federal de 1988 propôs (e impôs) um processo penal acusatório, entendimento pacífico na doutrina brasileira.

4. Entretanto, o Código de Processo Penal, datado de 1941 e de inspiração claramente autoritária, ainda contém dispositivos de caráter inquisitorial, como os mencionados artigos 156, 196, 209, 212, 234, 282, 383 e 384.

5. No caso de conflito entre o texto constitucional e normas infraconstitucionais, deve prevalecer o previsto na Constituição, em razão do princípio da supremacia constitucional e da recepção, dependendo da anterioridade ou não da norma infraconstitucional em apreço.

6. A *emendatio libelli* está prevista no artigo 383 do Código de Processo Penal e significa uma autorização ao juiz a proceder à alteração do tipo penal imputado ao acusado no momento da sentença, sem qualquer comunicação às partes ou oportunização de manifestação.

7. A *emendatio libelli* se diferencia da *mutatio libelli* em aspectos materiais e procedimentais. Primeiramente, porque esta última se refere à alteração fática da acusação. Em segundo momento, porque se dá por iniciativa do acusador, reabrindo-se a fase instrutória e de debates para proporcionar o contraditório.

8. A doutrina brasileira em sua maioria não vê qualquer irregularidade na aplicação da *emendatio libelli* de forma literal em relação ao artigo 383 do Código de Processo Penal. Autores justificam a autorização de emenda à acusação pelo juiz no momento da sentença por diversos argumentos, entre eles: o juiz conhece o direito, de modo que cabe às partes apenas trazer-lhe os fatos; o acusado se defende dos fatos, não da capitulação legal, o que evidencia a ausência de prejuízo decorrente

da aplicação direta do instituto; proporcionar o contraditório antes de aplicar a *emendatio libelli* representa uma burocracia inútil que apenas prolongaria o processo.

9. Há um movimento em expansão pela crítica do instituto, do qual fazem parte diversos autores renomados como Aury Lopes Jr., Nereu José Giacomolli, Renato Brasileiro de Lima, Antônio Alberto Machado, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Antonio Scarance Fernandes, Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti e Marco Antônio Ferreira Lima. Esses autores atacam a *emendatio libelli* por diversos ângulos, mas principalmente por ofensa ao princípio acusatório e da inércia da jurisdição; ao princípio do contraditório; ao princípio da ampla defesa; e ao princípio da correlação entre acusação e sentença.

10. Embora haja tal discussão na doutrina, a jurisprudência não reflete tal aprofundamento acerca da *emendatio libelli*.

11. O princípio acusatório, além de inferir a obrigatoriedade de observância a outros princípios que dele decorrem, também implica a inércia da jurisdição, pelo que se conclui que o juiz pode e deve julgar nos limites da provocação das partes, não podendo agir de ofício, sob pena de se invalidar sua imparcialidade.

12. O princípio do contraditório se baseia no binômio informação/reação, e é violado pela aplicação literal do artigo 383 do Código de Processo Penal, pois não há espaço à comunicação das partes acerca de novo elemento do processo nem à sua manifestação.

13. O princípio da ampla defesa também sofre violação quando da aplicação do instituto por invalidar a defesa técnica no tocante ao tipo penal imputado ao acusado, utilizando-se a teoria da consubstanciação: "o réu se defende dos fatos, não da capitulação legal".

14. O princípio da correlação entre acusação e sentença é elemento essencial das decisões judiciais, especialmente porque sua inobservância é causa de nulidade absoluta. Por definição, o princípio exige que haja correspondência entre a decisão e o pedido acusatório, já que apenas sobre esse é que houve contraditório e ampla defesa, não podendo o juiz decidir mais, menos ou além disso.

15. A *emendatio libelli*, nos exatos termos do artigo 383 do Código de Processo Penal e sob análise dos princípios constitucionais anteriormente mencionados, não pode ser aplicada de forma literal, sob pena de eivar-se de

inconstitucionalidade. Assim, a doutrina minoritária faz sugestões com vistas a solucionar o impasse, sem que seja abolido o instituto (segundo a maioria dos autores). Para eles, uma aplicação constitucional da *emendatio libelli* deve contar com a observância do princípio do contraditório, devendo o juiz, antes da sentença, comunicar as partes acerca da possibilidade de subsunção do fato imputado ao acusado a tipo penal diverso do indicado na inicial acusatória, possibilitando-lhes que tomem conhecimento do questionamento da matéria de direito e manifestem-se de acordo com sua convicção.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. Processo Penal. São Paulo: Método, 2014. *E-BOOK*.

AVENA, Norberto. Processo Penal: versão universitária. São Paulo: Método, 2009.

AVENA, Norberto. Processo Penal Esquemático. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. *E-BOOK*.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BONFIM, Edilson Mougenot. Código de Processo Penal Anotado. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. *E-BOOK*.

BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*.

BRANCO, Sérgio Zoghbi Castelo. Garantismo penal. Disponível em: <<http://sergiozoghbi.jusbrasil.com.br/artigos/111903743/garantismo-penal>>. Acesso em 13 agosto 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 28 outubro 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 outubro 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.215. Manoel da Silva Abreu e Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 14 abril 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2215%2ENUME%2E%29&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/a7euc2x>>. Acesso em 30 outubro 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Questão de Ordem na Ação Penal n. 545. Ministério Público Eleitoral e Eliene José de Lima. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ, 06 fevereiro 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AP%24%2ESCLA%2E+E+545%2ENUME%2E%29+OU+%28AP%2EACMS%2E+ADJ2+545%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bns7h9s>>. Acesso em 11 novembro 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Habeas Corpus n. 115.832/MA. Acesso em 11 novembro 2014. <<http://tinyurl.com/mq5ln3w>>.

2ESCLA%2E+E+115831%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+1
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+115831%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+115831%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cetjta6>.
 Rosa Weber. DJ, 19 novembro 2013. Disponível em: <
 Raimundo Oglesby da Costa Viana e Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Habeas Corpus n. 113.169/SP.
 Celia Maria Alves de Godoy e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ, 26 março 2013. Disponível em:
 <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+113169%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+113169%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cetjta6>>.
 Acesso em 11 novembro 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Habeas Corpus n. 70.550/SP.
 Agostinho Mazzone e Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Paulo Brossard. DJ, 09 dezembro 1994. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+70550%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+70550%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aowb66e>>.
 Acesso em 11 novembro 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Habeas Corpus n. 94.443/MS.
 Alejandro Juvenal Herbas Camacho Junior e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ, 08 outubro 2010. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+94443%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+94443%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/dxu23h6>>.
 Acesso em 11 novembro 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Habeas Corpus n. 84.594/SP.
 Fausto Jair dos Santos Filho e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 29 maio 2013. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+84594%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+84594%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nofov47>>.
 Acesso em 11 novembro 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Habeas Corpus n. 102.375.
 Marcelo Augusto Pimenta Setta e Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. DJ, 20 agosto 2010. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+102375%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+102375%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/clwn88v>>.
 Acesso em 11 novembro 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 523: No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Disponível em: <
http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0523.htm>. Acesso em 20 novembro 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Habeas Corpus n. 247.252/PR. Bruna Cândido Giacomini e Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Ministro Jorge Mussi. DJ, 25 março 2014. Disponível em: <
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=247252&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em 11 novembro 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Especial n. 96.234/RN. Valdério Barbosa Vieira, Francisca Nilma dos Santos, Carlos Alberto Câmara de Carvalho e Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. DJ, 03 fevereiro 2014. Disponível em: <
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=200701495840&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em 11 novembro 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 11.054/SP. Marcelo Elias dos Santos Guido e Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. DJ, 04 junho 2001. Disponível em: <
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=11054&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em 11 novembro 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Habeas Corpus n. 197.068/SP. Wellington Flávio Correia da Silva, Samuel Modica d Silva e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Jorge Mussi. DJ, 24 abril 2013. Disponível em: <
http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=197068&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 11 novembro 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Habeas Corpus n. 165.278/RS. Alexandre Buneder e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Ministra Laurita Vaz. DJ, 19 outubro 2011. Disponível em: <
http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=165278&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 11 novembro 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Habeas Corpus n. 156.627/PA. Jefferson Maximiano Rodrigues e Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Ministro Og Fernandes. DJ, 28 novembro 2012. Disponível em: <
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=156627&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em 11 novembro 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Acórdão em Apelação Criminal n. 00004086420094047004/PR. Ademir José de Oliveira e Ministério Público Federal. Relator: Desembargador Federal Néfi Cordeiro. DJ, 20 agosto 2012. Disponível em: <
http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=5249918&hash=c8282e575c8df1975e0693f56d11af21>. Acesso em 11 novembro 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Acórdão em Apelação Criminal n. 200571160025384/RS. Antonio Nelson Zancanaro e Ministério Público Federal.

Relator: Desembargador Federal Victor Luiz dos Santos Laus. DJ, 18 março 2010. Disponível em: <
http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=3110950&hash=9c048c176e13fd77c5b4429ae41fde34>. Acesso em 11 novembro 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Acórdão em Revisão Criminal n. 2013.033889-9. Rafael Bettoni dos Santos. Relator: Desembargador Jorge Schaefer Martins. DJ, 29 abril 2014. Disponível em: <
<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000OVGF0000&nuSeqProcessoMv=45&tipoDocumento=D&nuDocumento=6764721>>. Acesso em 11 novembro 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Acórdão em Apelação Criminal n. 2011.024408-4. Ademir Antonio Detofol e Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Paulo Roberto Sartorato. DJ, 11 março 2014. Disponível em: <
<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000IJMR0000&nuSeqProcessoMv=14&tipoDocumento=D&nuDocumento=6592774>>. Acesso em 11 novembro 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Acórdão em Apelação Criminal n. 2013.076963-0. Edson de Barros e Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relatora: Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. DJ, 22 outubro 2014. Disponível em: <
<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000Q8680000&nuSeqProcessoMv=30&tipoDocumento=D&nuDocumento=7387006>>. Acesso em 11 novembro 2014.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. Processo Penal Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. *E-BOOK*.

BULOS, Uadi Lamêgo. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CADEMARTORI, Sérgio; XAVIER, Marcelo Coral. Apontamentos iniciais acerca do garantismo. Revista de Estudos Criminais, Sapucaia do Sul, n. 1, p. 19-25, 2001.

CARNEIRO, Ana Carolina Andrade. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal e sua conformidade constitucional. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios do Direito Processual Penal Brasileiro. In: Separata ITEC, ano 1, nº 4 - jan/fev/mar 2000, p. 3.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro. Disponível em:
 <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3438-O-núcleo-do-problema-no-sistema-processual-penal-brasileiro>. Acesso em 10 agosto 2014.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Curso de Processo Penal. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. *E-BOOK*.

FERNANDES, Antonio Scarance. A mudança do fato ou da classificação no novo procedimento do júri. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3681-A-mudanca-do-fato-ou-da-classificacao-no-novo-procedimento-do-juri>. Acesso em 21 novembro 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRASSON, Ana Carolina de Freitas. Emendatio Libelli e Mutatio Libelli no sistema acusatório. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/pjpiracicaba/Estag/libellicarol.htm>>. Acesso em: 15 agosto 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal. São Paulo: Atlas, 2014. *E-BOOK*.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-BOOK*.

ISHIDA, Válter Kenji. Processo Penal. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. *E-BOOK*.

JESUS, Damásio Evangelista de. Código de Processo Penal Anotado. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. *E-BOOK*.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. vol. II. Niterói: Impetus, 2012.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*.

MACHADO, Antônio Alberto. Curso de Processo Penal. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. *E-BOOK*.

MACHADO, Antônio Alberto. Teoria Geral do Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. *E-BOOK*.

MAGNO, Levy Emanuel. Curso de Processo Penal Didático. São Paulo: Atlas, 2013. *E-BOOK*.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Curso de Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. *E-BOOK*.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Os novos contornos da emendatio libelli e da mutatio libelli. Revista da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. São

Paulo, v. 2, n. 1, 2008. Disponível em:
<http://www.esmp.sp.gov.br/Biblioteca/Revista_Juridica/revista1_vol2_2008.pdf>.
Acesso em: 10 outubro 2014.

MARCÃO, Renato. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*.

MESSA, Ana Flávia. Curso de Direito Processual Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A emendatio libelli e o contraditório: a posição do STF. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12404&revista_caderno=22>. Acesso em 01 outubro 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. *E-BOOK*.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. *E-BOOK*.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. *E-BOOK*.

PIMENTEL, Fabiano. O fim da emendatio libelli no processo penal garantista. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/wp-content/uploads/2013/07/O-FIM-DA-EMENDATIO-LIBELLI.pdf?f6177b>>. Acesso em 10 outubro 2014.

PIMENTEL, José Eduardo de Souza. Emendatio e mutatio libelli no sistema acusatório. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/bwd2ax.pdf>>. Acesso em: 15 agosto 2014.

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Processual Penal Esquematizado. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*.

ROSA, Alexandre Moraes da. Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material. Florianópolis: Habitus, 2002.

ROSA, Alexandre Moraes da. Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SILVA, Franklyn Roger Alves. O princípio da correlação no processo penal à luz da lei nº 11.719/08. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-v/o-principio-da-correlacao-no-processo-penal-a-luz-da-lei-no-11719-08>>. Acesso em: 15 agosto 2014.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Marco Antônio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-BOOK*.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. *E-BOOK*.

TRINDADE, André Karam. Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-08/diario-classe-raizes-garantismo-pensamento-luigi-ferrajoli>>. Acesso em: 13 agosto 2014.